

La Cour Suprême du Canada dans l'Ordre Constitutionnel Fédéral depuis 1949

THÈSE

POUR LE DOCTORAT D'ÉTAT EN DROIT PUBLIC

soutenue

par

Didier GUIFFAULT

JURY

Président	M. A. DEMICHEL	Professeur à l'Université de LYON II
Suffragants	M. R. BOURASSA	Professeur, ancien Premier Ministre de la Province de QUEBEC
	M. H. MARX	Professeur à l'Université de MONTREAL
	M. R. PELLOUX	Professeur à l'Université de LYON III
	Mlle P. RONGERE	Professeur à l'Université de LYON II Directrice des Sciences Juridiques de Lyon II
	M. J. UNTERMAIER	Maître de Conférence Agrégé à l'Université de LYON III



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554222_0002

La Cour Suprême du Canada dans l'Ordre Constitutionnel Fédéral depuis 1949

THÈSE

POUR LE DOCTORAT D'ÉTAT EN DROIT PUBLIC

soutenue

par

Didier GUIFFAULT

JURY

Président

M. A. DEMICHEL Professeur à l'Université de LYON II

Suffragants

M. R. BOURASSA Professeur, ancien Premier Ministre de la Province de QUEBEC

M. H. MARX Professeur à l'Université de MONTREAL

M. R. PELLOUX Professeur à l'Université de LYON III

Mlle P. RONGERE Professeur à l'Université de LYON II
Directrice des Sciences Juridiques de Lyon II

M. J. UNTERMAIER Maître de Conférence Agrégé à l'Université de LYON III

La Cour Suprême du Canada dans l'ordre Constitutionnel Fédéral depuis 1949

THÈSE

POUR LE DIPLOMATE D'ÉTAT EN DROIT PUBLIC



JURY

Président		Rapporteur	
M. A. TARDIEU	M. A. TARDIEU	M. A. TARDIEU	M. A. TARDIEU
M. B. BOUTIER	M. B. BOUTIER	M. B. BOUTIER	M. B. BOUTIER
M. C. BOUTIER	M. C. BOUTIER	M. C. BOUTIER	M. C. BOUTIER
M. D. BOUTIER	M. D. BOUTIER	M. D. BOUTIER	M. D. BOUTIER
M. E. BOUTIER	M. E. BOUTIER	M. E. BOUTIER	M. E. BOUTIER
M. F. BOUTIER	M. F. BOUTIER	M. F. BOUTIER	M. F. BOUTIER
M. G. BOUTIER	M. G. BOUTIER	M. G. BOUTIER	M. G. BOUTIER
M. H. BOUTIER	M. H. BOUTIER	M. H. BOUTIER	M. H. BOUTIER
M. I. BOUTIER	M. I. BOUTIER	M. I. BOUTIER	M. I. BOUTIER

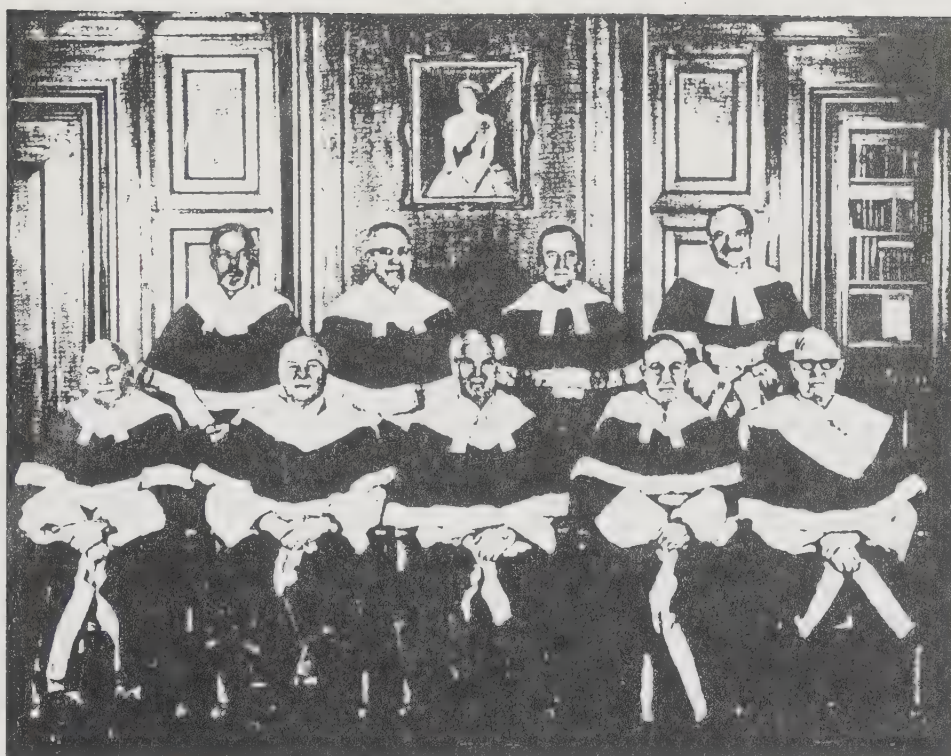
A Madeleine

*"Dans leur coquet édifice de la rue Wellington
les juges de la Cour Suprême
Peuvent briller par leur science et leur dialectique
mais quand même
Du gouvernement par de bons juges
délivrez-nous Seigneur !
Pour cela donnez-nous le goût d'agir et l'esprit
de compromis aux législateurs
Faites surtout qu'ils modernisent et utilisent
les institutions !
Ce sera peut être un des moyens de garder
le Québec dans la Fédération !*

Essai poétique de Jean-Charles BONEFANT, professeur de Droit de l'Université Laval, en conclusion de sa communication : " La Cour suprême et le partage des compétences " faite lors de la conférence annuelle de la " Canadian Association of Law Teachers " à Edmonton (juin 1975) sur le thème : " Cent ans de la Cour suprême du Canada "

in Alberta Law Review - 1976, vol. 14, p. 33

Les investigations jurisprudentielles s'arrêtent au mois de décembre 1977.



The Supreme Court of Canada 1975 La Cour Suprême du Canada

Hon. Jean
Beetz

Hon. Louis-
Philippe Pigeon

Hon. Brian
Dickson

Hon. Louis-Philippe
de Grandpré

Hon. Roland
Almon Ritchie

Hon. Ronald
Martland

Right Hon.
Bora Laskin

Hon. Wilfred
Judson

Hon. Wishart
Flett Spence

ABREVIATIONS

- | | |
|---------------------|---|
| 1 - A. C. | : Appeal Cases |
| 2 - A. L. R. | : Alberta Law Review |
| 3 - A. J. C. L. | : American Journal of Comparative Law |
| 4 - A. P. S. R. | : American Political Science Review |
| 5 - B. I. S. S. | : Bulletin International des Sciences Sociales |
| 6 - B. L. R. | : Buffalo Law Review |
| 7 - C. L. J. | : Cambridge Law Journal |
| 8 - C. D. | : Cahiers de Droit |
| 9 - C. B. J. | : Canadian Bar Journal |
| 10 - C. F. | : Canadian Forum |
| 11 - C. H. R. | : Canadian Historical Review |
| 12 - C. J. E. P. S. | : Canadian Journal of Economics and Political Science |
| 13 - C. J. P. S. | : Canadian Journal of Political Science |
| 14 - C. L. | : Cité Libre |
| 15 - C. L. J. | : Chitty's Law Journal |
| 16 - C. L. R. | : Columbia Law Review |
| 17 - C. L. Q. | : Criminal Law Quaterly |
| 18 - C. P. A. | : Canadian Public Administration |
| 19 - C. P. R. | : Canadian Patent Report |
| 20 - C. P. S. A. | : Canadian Political Science Association |
| 21 - C. R. | : Criminal Reports |
| 22 - D. L. J. | : Dalhousie Law Journal |
| 23 - DA. L. R. | : Dalhousie Law Review |
| 24 - D. L. R. | : Dominion Law Reports |
| 25 - H. L. R. | : Harward Law Review |
| 26 - I. C. L. Q. | : International and Comparative Law Quaterly |
| 27 - I. L. R. | : Israel Law Review |
| 28 - J. | : Justinien |
| 29 - J. A. B. C. | : Journal de l'Association du Barreau Canadien |
| 30 - L. Q. R. | : Law Quaterly Review |
| 31 - L. S. G. | : Law Society Gazette |

- 32 - McG. L. J. : McGill Law Journal
- 33 - M. B. N. : Manitoba Bar News
- 34 - M. L. J. : Manitoba Law Journal
- 34a - N. R. : National Reporter
- 35 - N. Y. U. L. R. : New York University Law Review
- 37 - O. L. R. : Ottawa Law Review
- 38 - P. S. Q. : Political Science Quarterly
- 39 - Q. L. J. : Queen's Law Journal
- 40 - Q. Q. : Queen's Quarterly
- 41 - R. B. : Revue du Barreau
- 42 - R. B. C. : Revue du Barreau Canadien
- 43 - R. C. S. : Rapports de la Cour Suprême
- 44 - R. D. : Revue de Droit
- 45 - R. D. P. S. P. : Revue de Droit Public et de Science Politique
- 46 - R. E. C. : Revue d'Etudes Canadiennes
- 47 - R. G. D. : Revue Générale de Droit
- 48 - R. I. D. C. : Revue Internationale de Droit Comparé
- 49 - R. J. T. : Revue Juridique Themis
- 50 - R. T. : Round Table
- 51 - S. B. R. : Saskatchewan Bar Review
- 52 - S. L. R. : Saskatchewan Law Review
- 53 - U. B. C. L. N. : University of British Columbia Legal Notes
- 54 - U. B. C. L. R. : University of British Columbia Law Review
- 55 - U. C. L. R. : University of Chicago Law Review
- 56 - U. N. B. L. J. : University of New Brunswick Law Journal
- 57 - U. T. - F. L. R. : University of Toronto - Faculty of Law Review
- 58 - U. T. L. J. : University of Toronto Law Journal
- 59 - U. T. - S. L. R. : University of Toronto - School of Law Review
- 60 - W. O. L. R. : Western Ontario Law Review

INTRODUCTION

LES INSTITUTIONS ET LES HOMMES

Il en est des institutions comme il en est des hommes. A l'image de ces derniers, elles naissent, grandissent et meurent aussi. Chacune a son passé, son histoire, sa personnalité.

La Cour Suprême du Canada n'est pas une cour suprême comme les autres. D'âge fort respectable, cette haute juridiction vient de fêter le 8 avril 1975 son très officiel centenaire. C'est il y a un siècle, en effet, que la Confédération des quatre provinces canadiennes (1) enfantait la Cour Suprême du Canada après de longs attermolements (2). Désirée ou non, celle-ci présentait dès sa naissance tous les symptômes d'une mort-née. De fait, sous la tutelle contraignante de son grand frère londonien, le Comité Judiciaire du Conseil Privé, le tribunal canadien devait passer pendant près de quatre vingt ans une jeunesse obscure et inutile.

Jusqu'au jour du dix décembre 1949. Les derniers mécanismes d'appel au Comité Judiciaire étaient abolis. La Cour Suprême du Canada s'installait enfin véritablement dans ses attributions de tribunal général d'appel de dernière instance pour le Canada, tant en matière civile que criminelle. L'année 1949 sanctionnait sans nul doute une résurrection en tirant la Cour Suprême des oubliettes de l'histoire constitutionnelle canadienne.

Sans conteste, l'abolition des appels au Comité Judiciaire du Conseil Privé signait une éclatante revanche de la Cour après des décennies d'humiliations. Jusqu'en 1949, le passé juridictionnel de la Cour s'identifiait beaucoup plus à un non-passé tant il est vrai "(...) qu'elle n'était suprême que de nom seulement (...)" (3). L'hégémonie juridictionnelle du

(1) Acte de l'Amérique du Nord Britannique, 1867 30-31 Vict. C.3 R.U.

(2) a) L'article 101 de l'A.A.N.B. de 1867 prévoyait expressément la création d'une "Cour générale d'appel". Ce n'est cependant qu'en 1875 (1875 38 Vict. C.11) que la Cour Suprême du Canada fut créée. Celle-ci a un double rôle. D'une part, elle est chargée d'assurer l'exécution des lois fédérales, d'autre part elle entend les appels venant des autres tribunaux du Canada, et se trouve ainsi à coiffer l'ensemble du système judiciaire canadien.

b) La Cour Suprême entendit sa première cause le 5 juin 1876.

(3) HOPKINS E.R. : "Confederation at the crossroads. The canadian constitution", McClelland And Stewart, Toronto 1968, p. 202.

Conseil Privé demeurait l'obstacle fondamental, avant 1949, à toute émancipation de la Cour. C'est dire combien l'existence de l'instance londonnienne "(...) minait la crédibilité de la Cour Suprême et inhibait le développement de son statut et de son prestige" (1).

Ainsi jusqu'au lendemain de la seconde guerre mondiale, la Cour Suprême vécut-elle dans une sorte de pénombre juridictionnelle "(...) éclipsée par le droit d'appel au Conseil Privé" (2). D'aucuns ont souligné une telle éclipse de la Cour qui "(...) vécut, constitutionnellement parlant, dans l'ombre du Comité Judiciaire" (3).

Certes, il serait exagéré d'affirmer que l'effacement de la Cour fut total. Si pour certains, la Cour fut "(...) si discrète, pour ne pas dire effacée jusqu'en 1949" (4), d'autres lui assignent durant cette période un rôle très subalterne par rapport au Conseil Privé (5).

Sans vouloir entrer dans un tel débat somme toute marginal, il reste que l'abolition des appels mettant fin au long silence de la Cour qui "(...) soudainement devenait très en vue" (6). Tirée sous les projecteurs de l'actualité constitutionnelle canadienne, la Cour affirmait définitivement sa suprématie. Devenue dorénavant "(...) suprême dans la loi aussi bien que de nom" (7), la Cour accédait à une dimension politique de premier plan.

(1) CAIRNS A.C. : "The judicial committee and its critics", C.J.P.S. 1971, vol. 4, p. 344-345.

cf. aussi HERMAN M.J. : "Introduction : the supreme court of Canada 1875-1975", O.L.R. 1976, vol. 8, p. 1.

(2) LOGAN G.R. : "Historical sketch of the supreme court of Canada", O.H.L.J. 1964, vol. 3, p. 171.

(3) WAGNER P. : "The federal states and their judiciary. A comparative study in constitutional law and organization of courts in federal states", La Haye 1959, p. 233.

(4) TREMBLAY A. : "Les techniques d'interprétation des constitutions". Travaux du cinquième colloque international de droit comparé, Ottawa 1967, Editions de l'Université d'Ottawa 1968, p. 52.

(5) Cf. SMILEY D.V. : "Canada in question. Federalism in the seventies". McGraw Hill, Toronto 1972, p. 24.

(6) RUSSELL P.H. : "The jurisdiction of the supreme court of Canada : present policies and a programme for reform", O.H.L.J. 1968, vol. 6, p. 1.

(7) LEDERMAN W.R. : "Unity and diversity in canadian federalism : ideals and methods of moderation", R.B.D. 1975, vol. 53, p. 597.

L'abolition des appels au Comité Judiciaire du Conseil Privé consacrait dès lors "(...) une situation de véritable suprématie judiciaire" (1). En se défaisant enfin de ses habits de cour d'appel intermédiaire, la Cour Suprême commençait à exister réellement et nombre d'observateurs ne se cachaient pas que par là-même "(...) sa "visibilité politique" augmentait grandement" (2).

L'abolition des appels au Conseil Privé marquait une étape décisive dans l'histoire constitutionnelle du Canada. Ce bouleversement institutionnel ne pouvait pas ne pas avoir de fortes répercussions sur le plan du devenir du fédéralisme canadien. Certains ne voyaient-ils pas dans le nouveau statut de la Cour une "(...) ère nouvelle à l'égard de l'interprétation judiciaire des problèmes constitutionnels au Canada" (3) ?

Ce genre de prophétie n'était pas sans fondement. Tout pari était ouvert, toute intuition permise dans la mesure où la Cour n'avait jamais eu à décider, jusqu'en 1949, souverainement dans des litiges constitutionnels. Devenue simplement "(...) une interprète du droit dit autoritairement par le Conseil Privé" (4), la Cour Suprême s'était bornée à faire oeuvre d'orthodoxie dans l'interprétation de l'A.A.N.B. de 1867. Toute éventuelle hérésie de sa part ne pouvait échapper à l'attention vigilante du Conseil Privé.

Aussi, lorsqu'en 1949, la Cour Suprême se débarrassa de cette lourde sujétion tutélaire, "(...) se sentit-elle comme un adolescent qui a enfin atteint sa majorité" (5). Son indépendance toute neuve votée par le Parlement d'Ottawa signifiait à la fois beaucoup et peu de choses. Certes, la loi du 10 décembre 1949 ouvrait de nouveaux horizons pour le fédéralisme canadien et autorisait des perspectives novatrices dans l'interprétation de la constitution de 1867. Toutefois, toute indépendance, si assurée soit-elle, ne se décrète pas. A cet égard, l'impressionnant fardeau jurisprudentiel du

(1) RUSSELL P.H. : "The supreme court of Canada as a bilingual and bicultural institution", Documents de la Commission Royale sur le bilinguisme et le biculturalisme. Ottawa 1969, Imprimerie de la Reine, p. 43.

(2) RUSSELL P.H. : "The political role of the supreme court of Canada in its first century", R.B.C. 1975, vol. 53, p. 579.

(3) BARBEAU A. : "Le droit constitutionnel canadien. Lois, documents et jugements divers", Montréal, 1974, p. 42.

(4) HERMAN M.J. : "Introduction : the supreme court of Canada 1875-1975" op. cit., p. 1-2.

(5) BONENFANT J.C. : "La Cour Suprême et le partage des compétences", A.L.R. 1976, vol. 14, p. 23.

Conseil Privé risquait de menacer la Cour Suprême dans l'exercice de ses nouvelles fonctions. Soumise aux contraintes de la règle du précédent, la Cour, en assumant cet héritage jurisprudentiel, s'aliénait dans sa propre identité.

La question était donc de savoir quelle attitude prendrait la Cour dans son interprétation du partage des compétences entre l'Etat fédéral et les provinces fédérées. Au seuil de son indépendance allait-elle reprendre les grandes orientations jurisprudentielles du Conseil Privé ou s'engager délibérément dans une direction opposée ? En d'autres termes, au-delà de son indépendance formelle, la Cour Suprême se taillerait-elle une indépendance réelle ?

On réalise aisément que de telles incertitudes aient plongé nombre d'observateurs dans "(;..) un état fait d'espérances et de craintes vagues et opposées" (1). De telles interrogations s'avèrent fondamentales car l'orientation à venir du fédéralisme canadien dépendait dans une large mesure du choix de la Cour Suprême.

Il nous faudra, dès lors, examiner le contenu de ce choix. D'un côté reprendre à son compte l'oeuvre jurisprudentielle largement décentralisatrice du Conseil Privé ; d'un autre côté asseoir une identité jurisprudentielle en réaction à celle du Conseil Privé en prenant un contre-pied centralisateur dans l'interprétation du fédéralisme canadien.

Alternative décisive, choix crucial pour la Cour. Mais en tranchant pour une approche jurisprudentielle sensiblement plus centralisatrice que son prédécesseur, ce choix fut-il en fait celui de la Cour Suprême du Canada ? Il conviendra, à cet égard, de situer dans quelle mesure l'indépendance judiciaire de la Cour, loin d'être conquise, fut strictement octroyée par le Parlement fédéral, sous la pression conjuguée du courant nationaliste et des partisans d'une re-centralisation du fédéralisme canadien.

Le point de départ de notre démarche sera donc de souligner la signification essentiellement ambiguë de l'accession de la Cour Suprême au sommet de la hiérarchie judiciaire. Il s'agissait avant tout d'écarter un Conseil Privé jugé trop décentralisateur en matière constitutionnelle. On réalisera, dès lors, que la Cour Suprême deviendra l'instrument juridique de cette visée politique sous-jacente à l'abolition des appels au Conseil Privé.

(1) RUSSELL P.H. : "The political role of the supreme court of Canada in its first century", op. cit., p. 587.

Il nous faudra, aussi, démontrer jusqu'à quel point l'érection de la Cour Suprême comme tribunal général d'appel de dernier ressort obéissait principalement à une réaction à l'égard de la jurisprudence du tribunal londonien. Le succès de la campagne d'abolition des appels s'est développée "(...) beaucoup plus sur un mécontentement vis-à-vis du Conseil Privé que sur une admiration de la cour suprême du Canada" (1).

Otage politique de ses propres "libérateurs", la Cour Suprême n'avait, de ce fait, pour tout autre choix que de ramener le vaisseau du fédéralisme canadien dans des eaux plus centralisatrices. Une telle manoeuvre demeurerait délicate dans son application. Toutefois le contexte économique d'après-guerre, les pressions accrues des milieux fédéraux furent autant d'éléments de nature à favoriser un tel revirement jurisprudentiel.

Après tout, le bon droit était du côté des centralisateurs : l'A.A.N.B. de 1867 n'avait-il pas été rédigé dans un esprit unitaire ? Les exhortations à une plus grande vigueur centralisatrice de la part de la Cour n'étaient-elles pas la revendication d'un retour aux sources constitutionnelles du Canada ?

Refondre la structure constitutionnelle canadienne en l'unifiant et en l'adaptant aux exigences nouvelles du monde moderne, voilà ce que beaucoup attendaient de la juridiction de la Cour. Certes, les objectifs étaient ambitieux mais les espoirs furent loin d'être déçus. Il y aura lieu, à cet égard, de montrer que depuis 1949 la Cour Suprême du Canada a fait preuve, dans son interprétation du partage des compétences entre les deux ordres de gouvernement, d'un esprit sensiblement centralisateur.

On observe ainsi que l'affirmation de l'identité du tribunal suprême canadien s'est enracinée dans un remodelage centralisateur de la structure fédérale canadienne. Identité jurisprudentielle par réaction, identité de la Cour façonnée sinon dictée par les contingences historiques. Il y a eu, assurément, dans les orientations jurisprudentielles de la Cour Suprême, beaucoup de manipulation.

L'expression d'une telle identité ne pouvait qu'entraîner des réactions dangereuses pour le fédéralisme canadien. De fait, notre démarche consistera à montrer dans quelle mesure le mouvement centralisateur amorcé par la Cour Suprême, loin d'unifier le régime fédéral, fut un ferment de tensions conflictuelles. Analyser la jurisprudence de la Cour, ce sera implicitement la replacer au coeur de l'antagonisme entre le gouvernement fédéral et les provinces fédérées et en particulier la province de Québec.

(1) RUSSELL P.H. : "The supreme court of Canada as a bilingual and bi-cultural institution", op. cit., p. 25.

L'opposition du Québec à l'identité centralisatrice de la Cour se nourrit d'abord et avant tout d'une récusation de sa légitimité en tant qu'instance arbitrale.

Il conviendra, aussi, de montrer que le "talon d'Achylle" de la Cour ne réside pas en soi dans ses positions jurisprudentielles mais dans la contestation de sa légitimité : parce que la Cour relève statutairement du gouvernement fédéral, celle-ci ne saurait prétendre exercer un arbitrage impartial en matière de répartition des compétences entre les deux ordres de gouvernement.

Tenue en défiance par l'un des deux éléments de la dualité canadienne - l'élément francophone du Québec - la Cour Suprême quête une légitimité introuvable.

Révélatrice, de par son statut comme de par ses implications jurisprudentielles des contradictions qui secouent présentement la structure fédérale canadienne (1), la Cour Suprême est-elle déjà condamnée par l'évolution même du fédéralisme canadien ?

(1) LIVINGSTON W.S. remarque justement que "(...) le fédéralisme n'est pas une réalité constitutionnelle mais sociologique (...) (et que) l'essence du fédéralisme se situe non pas dans la structure institutionnelle ou constitutionnelle, mais dans la société elle-même", in : "A note on the nature of federalism", P.S.Q. 1952, vol. 67, p. 84 et 88.

PREMIERE PARTIE

L’AFFIRMATION DE L’IDENTITE
DE LA COUR SUPREME DU CANADA

L'émergence de la Cour Suprême du Canada au faîte de la hiérarchie judiciaire canadienne en qualité de tribunal général d'appel de dernière instance marque une cassure historique dans la continuité constitutionnelle du Canada. Cette cassure de 1949 correspond en effet au dégagement définitif de l'ancien Dominion de l'emprise institutionnelle anglaise. Venant après la rupture du statut de Westminster en 1931 (1), l'abolition des appels au Comité Judiciaire du Conseil Privé clôt la dernière des batailles constitutionnelles en brisant les derniers vestiges de l'hégémonie coloniale de la Grande-Bretagne.

L'éviction du Conseil Privé de la scène constitutionnelle du Canada correspond, par ailleurs, à un réaménagement du fédéralisme canadien avec l'entrée en scène de la Cour Suprême du Canada.

Il y aura lieu d'analyser d'une part le cadre de ce réaménagement du fédéralisme canadien introduit par la Cour Suprême (Titre I) et d'autre part d'en discerner les orientations (Titre II).

(1) Statut de Westminster 1931-22 Geo V C. 4 R. U.

TITRE I

LE CADRE DU REAMENAGEMENT
DU FEDERALISME CANADIEN
INTRODUIT PAR LA COUR SUPREME

L'abolition des appels au Comité Judiciaire du Conseil Privé en 1949 mettait fin à une anomalie qui avait consisté à soumettre pendant des décennies la Cour Suprême du Canada à l'autorité jurisprudentielle d'une instance arbitrale étrangère. Il convient, à juste titre, de se demander pourquoi cette si longue sujétion de la Cour Suprême au tribunal londonien a-t-elle pu être mise à bas seulement au lendemain de la deuxième guerre mondiale. C'est, autrement dit, apprécier les divers mobiles de l'émancipation tardive de la Cour Suprême du Canada.

SOUS - TITRE I

LES MOBILES DE L'EMANCIPATION TARDIVE DE LA COUR SUPREME DU CANADA

L'émancipation tardive de la Cour Suprême de la tutelle du Conseil Privé ne fut pas le fruit d'un quelconque hasard historique. Elle fut, au contraire, la cristallisation de deux courants politiques très puissants. Le premier tirait sa force d'un réveil lent mais progressif du nationalisme canadien ; le deuxième drainait un ressentiment de plus en plus profond à l'égard du Conseil Privé accusé d'avoir défiguré dans son interprétation jurisprudentielle l'A.A.N.B. de 1867. En d'autres termes, le mouvement abolitionniste des appels au Conseil Privé s'ancrait à la fois dans des aspirations de tendance nationaliste et dans une volonté diffuse mais vivace de soustraire la constitution canadienne aux malformations jurisprudentielles jugées trop décentralisatrices du tribunal londonien.

Si chacun des deux courants avait une pénétration sensible dans les milieux canadiens, il apparut très vite que le levier nationaliste allait servir d'alibi sinon de paravent aux tenants d'une réorientation centralisatrice du fédéralisme canadien. Le calcul était habile et la mise en scène fut parfaite. Les arguments nationalistes, susceptibles de mobiliser plus facilement les esprits au cours de la campagne contre le Conseil Privé donnèrent le ton. Ainsi l'arbre cachait-il la forêt et l'enjeu apparent de l'abolition des appels masque-t-il l'enjeu réel.

CHAPITRE I : L'ENJEU APPARENT DE L'ABOLITION DES APPELS AU COMITE JUDICIAIRE DU CONSEIL PRIVE

Incontestablement, le développement rapide de la campagne abolitionniste des appels au Conseil Privé dut beaucoup à l'exacerbation des sentiments nationalistes. L'arme nationaliste avait d'autant plus d'efficacité qu'elle était simple à manier. De fait, pour nombre de canadiens, il apparaissait paradoxal, voire anormal, qu'un pays indépendant comme le Canada s'en remette à l'arbitrage constitutionnel d'un organe judiciaire qui n'était avant tout qu'un "(...) tribunal étranger, un tribunal anglais" (1). Dès lors, la revendication d'un tribunal canadien de dernière instance devenait aux yeux de tous une impérieuse nécessité.

(1) McWHINNEY E. : "Pluralistic federalism in Canada", in "Le fédéralisme et le développement des ordres juridiques", Travaux du colloque de Moscou, 1970, Edition de l'Association Internationale des Sciences Juridiques, Bruxelles 1971, p. 34.

SECTION I - LA REVENDICATION D'UN TRIBUNAL CANADIEN DE DERNIERE INSTANCE

La vigueur de la contestation nationaliste à l'endroit du Comité Judiciaire du Conseil Privé était à la mesure de l'humiliation ressentie par de nombreux Canadiens de voir les litiges constitutionnels de leur pays tranchés par une instance juridictionnelle non canadienne. De fait, il y avait de sensibles relents de xénophobie dans une telle contestation. Beaucoup plus que le Conseil Privé en lui-même, c'était le caractère étranger sinon colonialiste que rejetaient à travers lui les nationalistes canadiens.

Paragraphe 1 - Le rejet du tribunal étranger

La juridiction d'appel du Comité Judiciaire du Conseil Privé à l'égard des décisions émanant des tribunaux canadiens s'analyse d'une part dans l'origine de ce comité et d'autre part dans son statut.

A - L'origine du Comité Judiciaire du Conseil Privé

L'origine du Comité Judiciaire du Conseil Privé remonte à la loi statutaire de 1833, le Judicial Committee Act dont le préambule énonçait la règle coutumière selon laquelle "il est loisible d'appeler au roi en son Conseil contre les décisions des diverses cours de justice dans les Indes Orientales, les plantations, les colonies et autres dominions de Sa Majesté outre-mer" (1). Par ailleurs, aux termes de cette loi, était prévu l'établissement d'un comité du Conseil Privé de Sa Majesté, appelé Comité Judiciaire du Conseil Privé. Ce dernier composé de cinq juges choisis pour chaque cas d'espèce par le Lord Chancelier parmi les membres du Conseil Privé, avait pour mission de conseiller le roi dans les affaires judiciaires.

De fait, la loi de 1833 édictait que "(...) tout recours en appel ou tout grief de la nature d'un appel qui peut être logé auprès de Sa Majesté en conseil en vertu de la présente loi, statut ou coutume" (2) serait à l'avenir soumis par le Roi au Comité pour y être entendu. Celui-ci avait alors à faire connaître à Sa Majesté en Conseil sa décision ou sa recommandation

(1) "Loi en vue d'une meilleure administration de la justice au Conseil Privé de Sa Majesté", 1833, 3-4 Guillaume IV, c. 41.

(2) Idem.

dont la teneur était communiquée au cours d'une audience publique. De plus, le Judicial Committee Act de 1844 (1) avait attiré aux appels des décisions de justice des tribunaux de l'empire britannique. Son objet principal était "(...) de garantir que de tels appels pouvaient être entendus sans tenir compte d'aucune loi coloniale limitant ou excluant les appels à la couronne" (2). Ainsi, dans le cadre de cet acte, les administrations coloniales se voyaient-elles accorder le droit de formuler les conditions auxquelles de tels appels devraient être permis. La couronne royale conservait toutefois le pouvoir discrétionnaire d'accorder des permissions spéciales sans tenir compte de ces limitations. La légitimité de ce pouvoir relevait, en l'espèce, d'une prérogative de la Couronne comme source de justice en Grande-Bretagne.

B - Le statut du Comité Judiciaire du Conseil Privé

Parce que le Comité Judiciaire avait pour fonction de donner son opinion à Sa Majesté, celui-ci ne pouvait être assimilé de droit à un tribunal judiciaire se rattachant au rang d'une cour d'appel. Ainsi, le Comité Judiciaire n'avait-il pas de jugements à rendre mais des avis qui étaient ensuite incorporés dans un ordre en conseil. Le rôle du Comité Judiciaire, dès lors, n'avait pas à trancher un litige, mais strictement à conseiller le souverain sur une question de droit donnée. A cet égard les avis de l'instance londonienne soulignaient une telle vocation : "Leurs Seigneuries aviseront donc humblement Sa Majesté en conséquence".

D'aucuns n'ont pas manqué de mettre en évidence cette spécificité du Comité Judiciaire du Conseil Privé qui s'apparentait précisément à "(...) un tribunal de prérogatives" (3). D'un point de vue strictement juridique, le Comité Judiciaire n'était donc pas "(...) techniquement une cour, mais une assemblée pour conseiller Sa Majesté (...)" (4).

(1) Judicial Committee Act, 1844 7-8 Victoria C.69.

(2) STANLEY G. F. G. : "A short history of the canadian constitution", Toronto, Ryerson Press 1969, p. 115.

(3) L'honorable M. JUGESSEN, Débats Sénat du Canada, Première session de la 21ème législature 13 Géo VI, 1949, p. 117.

(4) JOANES A. : "Stare decisis in the supreme court of Canada", R.B.C. 1958, vol. 36, p. 194.

cf. aussi TREMBLAY A. : "Les techniques d'interprétation des constitutions", op. cit., p. 54.

Il est bien évident qu'une telle distinction juridique relevait beaucoup plus d'une certaine vue de l'esprit que d'une observation de la réalité. En effet, le Comité Judiciaire du Conseil Privé avait-il pris soin de dissiper toute ambiguïté sur la mesure de la juridiction qu'il incarnait :

"Il est évident que la loi considère le Comité comme un organisme judiciaire ou un tribunal, même s'il ne peut que soumettre un rapport ou une recommandation à Sa Majesté en conseil qui seule peut libeller l'ordonnance en conseil qui donnera effet à la décision du Comité" (1).

C'est dire combien cette incertitude entretenue sur le statut du Comité Judiciaire du Conseil Privé n'avait aucune assise au plan de la réalité. "La théorie, déclarait le professeur LASKIN, selon laquelle le Conseil Privé (est) une assemblée et non strictement une Cour pour conseiller Sa Majesté (...) est aujourd'hui (et a été longtemps) simplement trop romantique" (2). La doctrine admet ainsi clairement qu'au-delà de son caractère purement consultatif, le Conseil Privé "(...) fonctionnait virtuellement comme un organe judiciaire" (3). La conséquence immédiate d'un tel constat se situait, dès lors, dans la nature même des décisions rendues par le Comité. En effet, même si, comme le remarque le professeur BROSSARD, le Comité ne donnait que des avis, "(...) à toutes fins pratiques, ceux-ci avaient le même effet qu'un jugement" (4).

L'ampleur de l'oeuvre jurisprudentielle du Comité Judiciaire dans l'interprétation de l'A.A.N.B. de 1867 apparaissait comme une confirmation supplémentaire de son rôle véritable de tribunal juridictionnel. Sur le plan constitutionnel canadien, le Comité Judiciaire exerce une influence d'une importance capitale. En examinant environ deux cents conflits ou renvois en matière constitutionnelle en l'espace de quatre vingt ans parmi lesquels cent vingt décisions traitaient du partage des compétences législatives, le tribunal londonien eut, sans conteste, un rôle "décisif" (5).

(1) British Coal Corporation v. Le Roi (1935) A.C. 500, p. 510.

(2) LASKIN B. : "The supreme court of Canada : a final court of and for Canadians", R.B.C. 1951, vol. 29, p. 1073.

(3) CHEFFINS R.I. : "The constitutional process in Canada", Toronto, McGraw Hill 1969, p. 115.

(4) BROSSARD J. : "La cour suprême et la constitution - le forum constitutionnel du Canada", Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1968, p. 139.

Cf. aussi TUCK R. : "Canadian and the Judicial Committee of the Privy Council", U.T.L.J. 1941-1942, vol. 4, p. 43.

(5) BEAUDOIN G.A. : "Le système judiciaire canadien", R.B. 1968, vol. 28, p. 105.

Dans la grande masse des Canadiens, peu se souciaient, à vrai dire, de savoir quel était le statut exact du Comité Judiciaire. "Tribunal politique" (1) pour certains, "organe semi-politique" (2) pour d'autres, le Comité Judiciaire restait, en revanche, dans l'esprit de nombre de nationalistes un symbole de la dépendance du Canada.

On comprend, dès lors, pourquoi le développement du nationalisme canadien ait été attiré par la campagne d'abolition des appels au Comité Judiciaire du Conseil Privé.

Paragraphe 2 - L'utilisation du mouvement nationaliste dans la lutte contre le Comité Judiciaire du Conseil Privé

La cristallisation de plus en plus aiguë de l'opposition au Comité Judiciaire du Conseil Privé reposait sur la dialectique d'une dynamique simple mais excessivement puissante : le nationalisme et l'anti-colonialisme. Les abolitionnistes canadiens ne luttaient pas contre le Comité Judiciaire mais contre l'image qu'il représentait. De fait, "(...) pour le peuple, l'appel au Conseil Privé constituait un symbole inacceptable d'infériorité coloniale" (3).

Les deux attitudes anticolonialistes et nationaliste s'avéraient pleinement complémentaires et s'articulaient autour du même objectif : être maître chez soi judiciairement parlant. La critique anticolonialiste du Comité Judiciaire ouvrait nécessairement aux aspirations nationalistes à un tribunal national de dernière instance.

(1) OLLIVIER M. : "L'avenir constitutionnel du Canada", Montréal, Ed. Levesque, 1935, p. 17.

(2) BROSSARD J. : "La cour suprême et la constitution - le forum constitutionnel du Canada", op. cit., p. 139.

(3) HERMAN M. J. : "The founding of the supreme court of Canada and the abolition of the appeal to the Privy Council", O. L. R., 1976, vol. 8, p. 24.

A - La critique anti-colonialiste du Comité Judiciaire du
Conseil Privé

La pérennité juridictionnelle du Comité Judiciaire du Conseil Privé était perçue par les Canadiens comme un des derniers vestiges de sujétion coloniale. Comme si la perpétuation des appels voulait justifier l'idée que le Canada n'était pas capable d'assumer ses propres responsabilités judiciaires. A cet égard, une telle situation de liberté judiciaire surveillée reflétait tout à la fois "(...) une marque d'immaturité et de colonialisme" (1) et l'honorable M. PICARD déclarait, non sans franchise, qu'une semblable situation n'était, en définitive, qu' "(...) un indice de notre statut colonial" (2).

Le sentiment anticolonialiste à l'encontre du Comité Judiciaire s'alimentait à deux sources.

La première mettait en évidence le fait que le Comité Judiciaire était d'abord un tribunal londonien, siégeant par conséquent à Londres. Demeurer "(...) encore soumis judiciairement à un tribunal siégeant par-delà les mers" (3) relevait pour les Canadiens d'un paradoxe pour le moins choquant. A plus d'un, il apparaissait curieux, pour ne pas dire plus, que la constitution canadienne continue à être interprétée par des Européens vivant à la lumière de ce que eux pensaient être les meilleures conditions pour le Canada. Comment un Canadien, s'exclamait un député, pourrait-il plus longtemps s'en remettre à "(...) des juges qui demeurent loin d'ici et qui sont politiciens avant que d'être membre de la magistrature" (4) ? De fait, le bon sens se trouvait du côté canadien : par quels moyens le Comité Judiciaire du Conseil Privé, évoluant dans un environnement britannique, serait-il en mesure de se familiariser avec une réalité canadienne aussi lointaine :

"Quel genre de spécialiste, questionnait avec force l'honorable M. HUGESSEN, consulte-t-on à l'égard d'un arbre qui pousse dans son jardin ? Un spécialiste qui demeure à des milliers de

(1) SCOTT F.R. : "Abolition of appeals to the Privy Council : a symposium on A.G. Out. v. A.G. Can. (1947) A.C. 127", R.B.C. 1947, vol. 25, p. 571.

(2) Débats à la Chambre des Communes, 13 Geo VI 1949, Première session de la 21ème législature, Loi de la Cour Suprême, p. 296.

(3) LASKIN B. : "Reflections on the canadian constitution after the first century", R.B.C. 1967, vol. 45, p. 396.

(4) L'honorable M. POULIOT, Débats à la Chambre des Communes, 13 Geo. VI 1949, Première session de la 21ème législature, Loi de la Cour Suprême, p. 290.

milles de distance, qui n'a jamais vu l'arbre ni ne connaît rien du sol où il pousse ou du climat auquel il est exposé ? (...) S'il faut modifier judicieusement notre constitution, concluait-il, pour l'adapter aux circonstances, c'est au Canada qu'il faut juger des circonstances et nulle part ailleurs" (1).

Ainsi, l'éloignement géographique du Comité Judiciaire du milieu canadien, "(...) son isolement de l'endroit où ces délibérations se rapportaient" (2) ne pouvait que contribuer à affaiblir fortement sa réputation au Canada.

La deuxième source du sentiment anticolonialiste des Canadiens à l'égard du Comité Judiciaire concernait son organisation interne et en particulier sa composition. De fait, les Canadiens ressentaient d'autant plus cette colonisation judiciaire qu'ils étaient écartés de toute participation à l'organisation du Comité Judiciaire. A cet égard, les plus hautes autorités canadiennes subissaient ce joug colonial non sans un profond dépit dans la mesure où elles n'avaient pas le moindre droit de regard sur les modalités de représentation et d'élection des membres du Comité. Certes, des efforts (3) furent accomplis pour donner au Canada une certaine place au sein des délibérations du Comité. C'était là une compensation bien dérisoire concédée par un tribunal "(...) dont les membres sont désignés sans que le Canada ait, à proprement parler, le moindre mot à dire (...)" (4).

Sous représentés dans cet organe judiciaire aussi éloigné sur le plan géographique que sur le plan sentimental, les Canadiens percevaient, non sans amertume, la tutelle du Comité Judiciaire comme une "contra-

(1) Débats Sénat du Canada. 13 Geo VI 1949. Première session de la 21^{ème} législature. Bill concernant la Cour Suprême, p. 122. L'intervention du sénateur parodie une métaphore du Comité Judiciaire. Ce dernier estimait que l'A.A.N.B. de 1867 avait "planté au Canada un arbre capable de grandir et de se développer dans ses limites naturelles" (EDWARDS v. Procureur Général du Canada (1930) A.C. 124, p. 136.

(2) CAIRNS A.C. : "The judicial committee and its critics", op. cit., p. 327.

(3) Dès 1895 certains juges des Cours Suprêmes des Dominions purent siéger au Comité. Ainsi l'ancien Juge en Chef de la Cour Suprême du Canada, Sir Lyman DUFF, assista-t-il à ses travaux. D'une manière générale cependant, la participation canadienne fut épisodique.

(4) L'honorable M. GARSON, ministre de la Justice. Débats à la Chambre des Communes, 13 Geo VI 1949, Première session de la 21^{ème} législature, Loi de la Cour Suprême, p. 72.

diction anormale" (1) avec le principe de l'indépendance judiciaire. Un tel décalage entre ce principe et la réalité canadienne ne pouvait que susciter une aspiration profonde à l'établissement d'un tribunal national de dernière instance.

B - L'expression des aspirations à l'établissement d'un tribunal
national de dernière instance

"(...) Le temps est sûrement venu de nous donner les attributs d'une véritable nation et l'un de ses attributs consiste à interpréter nous-mêmes judiciairement nos lois et notre constitution, c'est-à-dire que nous devrions avoir notre propre tribunal canadien de dernière instance" (2).

Loin de trahir une lassitude, une telle exhortation traduisait une évidente volonté d'en finir avec les humiliations et les attermoissements. Chez nombre de députés comme dans l'opinion publique montait la certitude que le Canada devait sans tarder se doter d'une cour d'appel de dernier ressort, réellement suprême. Pourquoi, dès lors, temporiser ? : "On a dit, s'écrie l'honorable M. PICARD, que l'abolition des appels au Conseil Privé est prématurée, surtout pour ce qui est des droits constitutionnels. Mais il y a soixante quinze ans que nous attendons !" (3).

Tout le monde n'avait pas l'intuition prophétique d'un MacDONALD (4), mais chacun pressentait en 1949 une telle échéance inéluctable. De fait, la capacité mobilisatrice des thèmes nationalistes eut rapidement raison de ceux, parmi les indécis qui estimaient que "(...) notre nation peut et doit à l'heure actuelle, créer une grande institution nationale" (5).

(1) RUSSELL P.H. : "The supreme court of Canada as a bilingual and bi-cultural institution", op. cit., p. 32.

(2) L'honorable M. COLDWELL, Débats à la Chambre des Communes, 13 Geo VI 1949, Première session de la 21ème législature, p. 205.

(3) Ibid., p. 296.

(4) V.C. MacDONALD avait perçu dès 1937 que "(...) l'abolition des appels devait être envisagée comme inévitable", in "The canadian constitution seventy years after", R.B.C. 1937, vol. 15, p. 426.

(5) Le très honorable M. St LAURENT, ibid., p. 201.

Incontestablement, de telles aspirations ont trouvé lors des débats sur l'abolition des appels en 1949 un écho profond. A l'apogée de son rayonnement, le mouvement nationaliste assume la mutation constitutionnelle. La loi d'abolition des appels au Comité Judiciaire n'entérinait plus simplement un réaménagement de la hiérarchie juridictionnelle canadienne mais consacrait une véritable rupture. "Grand pas vers la maturité complète de la nation" (1), l'acte d'abolition revêtait pour les Canadiens une grande importance historique. La joie de l'honorable P.H. BOUFFARD (2) se concevait aisément : en votant la loi d'abolition le Canada recouvrait la plénitude de juridiction dans le domaine judiciaire. "(...) Marque de souveraineté nationale totale (...)" (3), la restauration de la Cour Suprême du Canada dans ses fonctions de tribunal de dernière instance était, à coup sûr, une victoire du nationalisme.

Loin d'être un mouvement brutal, la campagne d'abolition des appels au Comité Judiciaire fut le résultat d'un long processus de mûrissement du nationalisme canadien. De fait, l'accession du Canada à l'indépendance judiciaire s'est-elle déroulée par étapes.

(1) Débats Sénat du Canada, 13 Geo VI 1949, Première session de la 21ème législature. L'honorable M. HUGESSEN, p. 123.

(2) L'honorable P.H. BOUFFARD déclarait : "(...) notre pays adopte une loi qui fait disparaître chez nous un reliquat colonial d'une grande importance. Je me réjouis que notre pays décrète son indépendance judiciaire", *ibid.*, supra, p. 142.

(3) PIERSON C. G. : "Canada and the Privy Council", Londres 1960, p. 97.

SECTION II - LES ETAPES DE L'ACCESSION DU CANADA A L'INDEPENDANCE JUDICIAIRE

Avec la montée croissante des aspirations nationalistes, la nécessité d'assurer l'indépendance judiciaire canadienne faisait son chemin. Il conviendra, dès lors, d'analyser dans un premier temps la maturation du nationalisme judiciaire canadien et dans un second temps l'aboutissement de ce dernier.

Paragraphe 1 - La maturation du nationalisme judiciaire

Les premières manifestations d'hostilité à l'égard du Conseil Privé apparurent au moment même de la création de la Cour Suprême du Canada. Ainsi, lors du projet de loi présenté le 18 mars 1870, certains députés soulevèrent la question du droit d'appel au Conseil Privé. La conviction n'y était pas et de telles évocations n'eurent pas de suite. Le parrain de la Cour Suprême, Sir John MacDONALD eut beau jeu de réfuter les arguments des abolitionnistes en déclarant que le Parlement fédéral n'avait "(...) aucun pouvoir de priver un sujet anglais, du droit d'aller au pied du trône pour réparation" (1). Aussi longtemps, concluait-il, que les appels demeurerait, "(...) nos cours seraient tenues de respecter les décisions des grandes cours d'Angleterre comme faisant autorité" (2).

Le projet abolitionniste n'était donc pas inconnu des hommes politiques de l'époque. Cependant la faiblesse du sentiment nationaliste comme l'expression dominante d'un loyalisme total envers la Grande-Bretagne le vouaient à l'échec.

Avec l'amendement IRWING s'ébauche la première tentative cohérente de supprimer les appels au Comité Judiciaire. Il y aura lieu de décrire le contenu de cet amendement avant d'en exposer l'échec.

A - Le contenu de l'amendement IRWING

Structurée et cohérente, la démarche du député IRWING s'avéra d'autant plus sérieuse qu'elle prit par surprise les défenseurs du statu quo institutionnel. Cette tentative se déroula lors de la présentation en première lecture du texte de projet de loi de 1875 relatif à l'établissement de la Cour

(2) & (3) Débats Parlementaires, Chambre des Communes, 1870, p. 528.

Suprême du Canada. Curieusement il n'était fait mention dans celui-ci d'aucune disposition concernant les appels au Comité Judiciaire. Pareille omission, aussi surprenante soit-elle, traduisait évidemment la volonté de certains de passer sous silence ce problème épineux (1).

Pourtant, lors de la discussion du projet de loi, le ministre de la Justice, l'honorable M. FOURNIER invita inopinément la Chambre à exprimer son opinion sur la question. Ne devrait-on pas, selon lui, ajouter un article au texte, qui rendrait définitives les décisions de la nouvelle Cour Suprême ? Une telle initiative condamnait de ce fait, d'une manière détournée, toute procédure de recours au Comité Judiciaire.

Cette invitation fut reprise de volée par le député d'Hamilton M. IRWING qui émit, sous forme d'amendement, la suggestion suivante :

"Le jugement de la Cour Suprême sera dans tous les cas définitif, et nul appel ne pourra être interjeté d'aucun jugement ou ordre de la Cour Suprême, devant aucune cour d'appel établie par le Parlement de la Grande-Bretagne et d'Irlande, à laquelle il peut être ordonné de porter des appels ou pétitions à Sa Majesté en Conseil, sauf tout droit qu'il plaira gracieusement à Sa Majesté d'exercer en vertu de sa prérogative royale" (2).

L'adoption (3) inattendue de l'amendement IRWING eut l'effet d'une véritable bombe dans les rangs des députés favorables au maintien de l'attachement judiciaire à la Grande-Bretagne : "L'amendement, s'écria Sir John A. MacDONALD, est une surprise à la Chambre, et, pressé sur elle avec une hâte indécente" (4). De fait, ce dernier avait-il pressenti que la soudaineté de la proposition risquait par son retentissement, de rallier la majorité des suffrages. Aussi conjura-t-il la Chambre "(...) de considérer avec calme cet amendement" (5) en souhaitant que le Premier ministre trouve "(...) quelques moyens de détourner ce danger" (6).

(1) L'honorable M. T. FOURNIER, ministre de la Justice, avait justifié cette omission en déclarant qu' "(...) il prévoyait qu'à une date assez rapprochée prendraient fin les appels au Conseil Privé, de sorte qu'il ne tenait pas tellement à ce que cette mesure fut adoptée", (Débats de la Chambre des Communes du Canada, Session de 1875, vol. I, p. 755).

(2) Article 47 de la loi de 1875, 38 Vict. ch. II, p. 80.

(3) L'amendement IRWING fut voté à une majorité de 112 voix contre 40.

(4) Débats de la Chambre des Communes du Canada. Session de 1875, vol. I, p. 1038.

(5) & (6) Débats de la Chambre des Communes du Canada, Session de 1875, vol. I, p. 1039.

Les arguments procéduriers (1) avancés avec précipitation par les opposants à l'amendement furent de peu de poids. Pourquoi avoir créé une Cour Suprême nationale si le droit d'appel au Conseil Privé reste sauvegardé ? Manifestement, le bon sens de l'amendement IRWING avait séduit la majorité des députés.

Dans le camp des vaincus, l'émoi était grand. Sir John A. MacDONALD désavouait totalement un tel vote considéré comme "(...) le premier pas vers la séparation de la Puissance d'avec la mère-patrie" (2). De fait, par cette sanction législative, le lien impérial unissant le Dominion avec la Grande-Bretagne était virtuellement rompu sur le plan judiciaire.

Quelque peu abasourdis par le caractère historique du geste qu'ils venaient d'accomplir, beaucoup de députés restaient dans l'expectative : et maintenant qu'allait-il advenir ? Dépassés par les événements, nombre de parlementaires se demandaient, au fond d'eux-mêmes, comment cette témérité pourrait-elle être réparée.

Manifestement les implications de l'article 47 gênaient trop d'hommes politiques. Sa mise en échec devenait indispensable.

B - La mise en échec de l'article 47

Pris de vertige par les graves répercussions du vote, les députés s'en remirent aux hommes politiques pour apporter une solution viable. Aussi, très vite, la controverse sur l'article 47 passa de l'enceinte parlementaire à l'arène politique.

Lord CORNAVON, secrétaire aux Colonies dans le gouvernement DISRAELI, cachait mal sa colère. Il intervint auprès du Ministère de la Justice du Dominion pour que l'on supprimât purement et simplement l'article 47. Pour lui, le lien impérial ne pouvait être remis en cause par un simple article de loi. La discussion demeura vive et des "(...) remarques acrimonieuses" (3) furent échangées entre ce dernier et le nouveau ministre de

(1) L'honorable M. ROUSSEAU déclarait que si "(...) d'après la clause 101 le gouvernement a bien le droit d'établir cette cour et des cours de justice, () il n'a pas le droit d'abolir aucun tribunal existant" (Ibid. supra, p. 1041).

(2) Ibid. supra, p. 1035.

(3) L'honorable M. HUGESSEN, Débats Sénat du Canada 13 Geo VI 1949. Première session de la 21ème législature, p. 117.

la Justice M.E. BLAKE. Celui-ci, sourd aux doléances de Lord CORNAVON, campait sur des positions non équivoques :

"L'Acte de l'Amérique du Nord est un sphynx ; ceux-là seuls qui sont nés sur le sol canadien peuvent deviner sa véritable interprétation, son véritable esprit (...). Je n'en prétends pas moins, poursuivait-il, que nos hommes, tout inférieurs qu'ils soient, sont plus propres (...) à comprendre ces importantes questions, que les jurisconsultes les plus éminents siégeant aussi près qu'il vous plaira de Westminster Hall" (1).

L'opposition entre les deux parties était nette et la controverse prenait, sans conteste, une orientation "(...) politique plutôt que légale" (2). Le désir évident de chacun de trouver une solution honorable à cette controverse permit de sortir de l'impasse dès l'été 1876.

En effet, le conflit s'éteignit d'une manière curieuse et quelque peu contestable. En l'espèce, en recourant à un artifice juridique qui reposait sur les termes mêmes de l'article 47. Celui-ci stipulait que nul appel ne pouvait être interjeté d'un jugement de la Cour Suprême du Canada "(...) à une Cour d'appel établie par le Parlement de Grande-Bretagne". Dans l'esprit du député IRWING, cette cour d'appel faisait naturellement référence au Conseil Privé. Or, raisonnèrent les adversaires de l'amendement, comme le Comité Judiciaire n'est pas stricto sensu une cour d'appel, les considérants de l'article 47 ne sauraient s'y appliquer.

Ainsi, par un habile tour de passe-passe juridique, la portée réelle de l'article 47 était réduite à néant et ne constituait, dès lors, aux yeux de la postérité, qu' "(...) un document mélancolique" (3). L'échec de l'amendement IRWING dépassait la simple opposition entre un gouvernement canadien déjà soucieux de son indépendance judiciaire et un Secrétariat aux Colonies défenseur acharné d'un lien impérial désuet. La réussite du stratagème s'expliquait par des considérations politiques plus larges.

(1) Débats de la Chambre des Communes du Canada. Session de 1880, vol. I. Bill à l'effet d'abroger les actes constituant les Cours Suprême et de l'échiquier, p. 251.

(2) MacKINNON F. : "The establishment of the supreme court of Canada", C.H.R., 1946, vol. 27, p. 266.

(3) Débats Sénat du Canada, 13 Geo VI 1949. Première session de la 21ème législature. Bill concernant la Cour Suprême. L'honorable M. HUGESSEN, p. 117.

De fait, en 1875, le mouvement nationaliste n'avait pas l'ampleur suffisante nécessaire à l'émergence d'un fort consensus canadien en faveur de l'abolition des appels. L'échec venait, en définitive, des Canadiens eux-mêmes qui "(...) n'étaient pas d'accord sur la question des appels, ni étaient prêts à placer leur confiance totale dans la nouvelle Cour Suprême" (1). L'opinion publique canadienne préférait encore un Comité Judiciaire auquel elle était accoutumée à une Cour Suprême toute fraîche émoulue dans ses nouvelles fonctions.

Le mouvement abolitionniste manquait encore d'envergure et l'amendement IRWING survenait trop tôt. Sa rédaction prématurée avait causé sa perte.

Paragraphe 2 - L'aboutissement du nationalisme judiciaire

Dans les années suivant la tentative avortée de l'amendement IRWING, de nouvelles escarmouches se développèrent autour de la question des appels au Comité Judiciaire. La plus grave se déroula en 1926. Le législateur canadien, en effet, avait pris sur lui l'autorité d'abolir unilatéralement les appels au Comité en matière criminelle. Démarche vaine car le tribunal londonien, dans un jugement sans ambiguïté, répliquait sèchement :

"(...) dans les dominions de Sa Majesté au-delà des mers, la pratique d'en appeler au Roi en Conseil a continué d'exister et tous les sujets du Roi dans ces dominions peuvent s'en prévaloir. Ce droit, ajoutait le Comité, s'applique (sous réserve de la législation) aux jugements rendus tant dans les causes criminelles que dans les causes civiles" (2).

Dans leur argumentation, les juges précisaient que la prérogative royale ne pouvait être écartée, même par une loi statutaire impériale, qu'en des termes explicites. Autrement dit, le Parlement du Dominion n'avait pas, à l'époque, la compétence nécessaire pour voter une mesure législative de cette nature (3).

(1) MacKINNON F. : "The establishment of the supreme court of Canada", op. cit., p. 273.

(2) NADAN v. le Roi, (1926) A.C. 482, p. 491.

(3) Le Comité Judiciaire attirait, par ailleurs, l'attention du législateur canadien sur l'incidence de la loi de 1865 relative à la validité des lois coloniales (28-29 - Vict. C.63, 1865 (R.U.)) qui rendait caduque toute démarche abolitionniste.

C'était là une fin cinglante de non recevoir. Toutefois, un événement capital, le Statut de Westminster (1), allait modifier l'ensemble des données et permettre un vigoureux effor du nationalisme judiciaire.

Il conviendra, à cet égard, de montrer dans quelle mesure le Statut de Westminster a accéléré le processus d'abolition des appels au Comité Judiciaire. Le déroulement de ce processus se fit en deux temps : la suppression des appels en matière criminelle, puis en matière civile.

A - La suppression des appels en matière criminelle

Le vote par le Parlement britannique du statut de 1931 permit de réunir les conditions susceptibles d'ouvrir une brèche décisive dans la tutelle du Comité Judiciaire.

Il est nécessaire, à cet égard, de rappeler qu'à la suite de la conquête du Canada par les Anglais en 1760, il avait été clairement établi que la loi canadienne se soumettrait à la suprématie du Parlement Impérial et au droit coutumier. Or celui-ci apparut rapidement comme étant une source de confusion pour les juristes canadiens. L'explication venait du simple fait que le droit coutumier échappait à leurs connaissances puisque de telles règles de droit n'étaient pas inscrites dans le droit statutaire.

Face à cette situation, le Parlement Impérial votait la loi relative à la validité des lois coloniales qui énonçait à l'article 3 :

"Aucune loi coloniale n'est nulle ou inopérante ou n'est considérée telle parce qu'elle est contraire à la loi d'Angleterre, à moins qu'elle ne soit incompatible aux dispositions de quelque loi, ordonnance ou règlement du Parlement".

Cette disposition permettait de clarifier la question en ce qui concernait les règles de droit coutumier susceptibles d'invalider une loi canadienne. Cependant, cette dernière demeurerait toujours assujettie aux lois et ordonnances du Parlement britannique. Avec la loi impériale du Statut de Westminster, cette sujétion disparaissait aux termes de son article 2 :

(1) 1931 (R. U.), 22 Geo V, c. 4.

"Aucune loi ou disposition législative que le Parlement d'un Dominion édictera postérieurement à l'entrée en vigueur de la présente loi n'est nulle ou inopérante en raison de son incompatibilité, soit avec le droit anglais, soit avec les dispositions d'une loi existante ou ultérieure du Royaume Uni (...)"

En rendant définitivement inopérante la loi relative à la validité des lois coloniales en ce qui avait trait aux lois canadiennes, l'article 2 du Statut levait un obstacle juridique majeur sur la voie de l'indépendance judiciaire du Canada.

La première brèche dans la procédure des appels au Comité Judiciaire eut lieu sur le plan criminel. L'article 91(27) de l'A.A.N.B. de 1867 donnait au Parlement fédéral la compétence de légiférer en matière de "droit criminel sauf la constitution des tribunaux de juridiction criminelle, mais y compris la procédure en matière criminelle". En vertu d'un tel pouvoir, une loi canadienne de 1931 amendait l'article 1024 du Code Criminel et par là-même abolissait en des termes dépourvus d'ambiguïté les appels en matière criminelle à Sa Majesté en Conseil :

"Nonobstant toute prérogative royale, ou toute disposition de la loi d'interprétation ou de la loi de la Cour Suprême, nul appel ne peut être interjeté dans une cause criminelle, de quelque jugement ou ordonnance d'une cour du Canada à une cour d'appel ou à une autorité qui, dans le Royaume Uni, peut connaître des appels ou des pétitions à Sa Majesté en Conseil" (1).

A l'instar de sa tentative de 1926, le législateur canadien défiait une nouvelle fois la compétence juridictionnelle du Comité Judiciaire. Très vite, la disposition fédérale fut contestée (2). L'affaire vint devant le Comité Judiciaire. Ce dernier, contre toute attente, déclarait valide la législation fédérale, estimant que le Parlement du Dominion avait pleine compétence pour interdire les appels en matière criminelle. Il en avait d'autant plus le pouvoir que, pour reprendre les termes de Lord STANKEY, le règlement des appels était un "(...) élément primordial de la souveraineté canadienne" (3). Un tel élément, concluait le Comité Judiciaire, serait dès lors compromis si un citoyen canadien pouvait, de sa propre volonté, recourir à un tribunal dont l'établissement serait sous-traité à la juridiction du Canada.

(1) Article 1024 23-24 Geo V 1933, C.53 s.17.

(2) Dans une affaire criminelle, certains cherchèrent à obtenir une autorisation d'interjeter appel d'un jugement de la Cour du Banc du Roi de la province de Québec.

(3) British Coal Corporation v. le Roi (1935) A.C. 500, p. 521.

La décision du Comité Judiciaire témoignait ainsi des profonds bouleversements législatifs et politiques des dernières années. Elle n'était, en dernière analyse, que le constat éloquent de l'affermissement du nationalisme judiciaire canadien.

B - La suppression des appels en matière civile

Toutefois, la question des appels au Comité Judiciaire dans les affaires civiles demeurait toujours entière. C'est avec la session parlementaire de 1938 (1) que le dossier fut ouvert. L'honorable M. CAHAN, alors secrétaire d'Etat dans le cabinet de R.B. BENNETT, présenta, à cet effet, devant la Chambre une proposition de loi (2). Approuvée dans son principe par le ministre de la Justice de l'époque, l'honorable M. LAPOINTE, celui-ci exprima cependant des réserves quant à la compétence du Parlement fédéral à voter une telle mesure. Les débats en restèrent là.

L'opiniâtre parlementaire revenait à la charge lors de la session suivante (3) avec une nouvelle proposition de loi légèrement modifiée. Lors de la deuxième lecture de celle-ci, le ministre de la justice annonça que le gouvernement avait décidé de solliciter l'avis de la Cour Suprême sur la question de savoir si le Parlement fédéral outrepassait ou non ses droits en adoptant la législation proposée. La majorité du tribunal canadien, rangée autour du Juge en Chef Sir Lyman DUFF, rendait un avis favorable :

"Les droits accordés par les termes de cet article (4), interprété et appliqué avec l'intention première d'investir le Parlement d'une autorité lui permettant de mettre en oeuvre des objectifs politiques élevés en ce qui concerne le gouvernement du Dominion en matière judiciaire (art. 3 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique), doivent être retenus et exercés comme une autorité pleine et entière à ce titre, avec tous les pouvoirs accessoires nécessaires au Parlement pour lui permettre d'atteindre pleinement et complètement ses objectifs. Ainsi compris, il entraîne

(1) Débats Chambre des Communes du Canada. 1938. Troisième session du 18ème Parlement, p. 313.

(2) Le député M. CAHAN était membre de l'opposition.

(3) Débats Chambre des Communes du Canada (1939).

(4) La cour fait ici allusion à l'article 101 de l'A.A.N.B. de 1867 qui donnait plein droit au Parlement fédéral de "(...) prendre au besoin les dispositions pour instituer, organiser et assurer l'existence d'une cour générale d'appel pour le Canada".

le pouvoir de créer une cour ayant une juridiction d'appel suprême et définitive au Canada" (1).

Un appel de la décision de la Cour Suprême était interjeté au Comité Judiciaire mais la deuxième guerre mondiale éclata sur ces entreprises et l'audience en fut retardée. Finalement en 1947, l'instance judiciaire londonienne dans une décision capitale maintenait le jugement de la cour dans les termes suivants :

"(...) il doit entrer dans le pouvoir du Parlement du Dominion de décider que la juridiction de sa Cour Suprême sera définitive. Il n'existe pas d'autre solution conforme au statut d'un Dominion qui se gouverne lui-même" (2).

Le dernier veto juridique tombait. L'assentiment du Comité Judiciaire consacrait enfin la Cour Suprême cour générale d'appel de dernière instance tant en matière civile que criminelle (3). Ainsi, là où le gouvernement MACKENZIE avait échoué en 1875, le Parlement fédéral canadien l'accomplissait quelque soixante cinq ans plus tard. L'ancien Dominion recouvrait son indépendance judiciaire. La Cour Suprême devenait vraiment suprême marquant ainsi "(...) la rupture de l'un des derniers maillons de la dépendance du Canada envers le Royaume-Uni" (4).

A première vue, il peut sembler étonnant que le Comité Judiciaire du Conseil Privé ait creusé sans sourciller son propre tombeau. Pourtant, sa décision de 1947 devient significative si on la réinsère dans l'évolution politique du Canada. Depuis le Statut de Westminster, en effet, sous la pression croissante du nationalisme canadien, l'indépendance de l'ancien Dominion s'était sensiblement consolidée. Une telle situation ne pouvait laisser indifférent le tribunal londonien. Au contraire, celle-ci aurait, pour certains

(1) Renvoi relatif aux questions soumises sur la compétence législative du Parlement du Canada de promulguer le Bill n° 9 de la quatrième session du 18ème Parlement, intitulé : "Loi pour modifier la loi de la Cour Suprême" (1940) R.C.S. 49, p. 63-64.

(2) Procureur Général de l'Ontario v. Procureur Général du Canada (1947) A.C. 127, p. 148.

(3) Loi modifiant la loi de la Cour Suprême, S.C. 1949, c. 37. Le premier alinéa du nouvel article 47 stipule désormais : "La Cour Suprême possède, détient et exerce, à titre exclusif, la juridiction finale d'appel en matière civile et criminelle à l'intérieur du Canada et pour le Canada ; et le jugement de la Cour est, dans tous les cas, définitif et péremptoire."

(4) Conférence sur la Confédération de demain, 1968, p. 30.

"(...) apparemment converti d'ailleurs les membres du Comité Judiciaire au nationalisme judiciaire" (1). L'éviction du tribunal londonien de la scène constitutionnelle canadienne n'était que la reconnaissance logique de la tangibilité de la réalité canadienne. Le nationalisme judiciaire canadien sortait grand vainqueur de la bataille pour l'abolition des appels.

Pourtant il faudrait nous demander si celui-ci fut le seul vainqueur, si, en d'autres termes, la victoire abolitionniste s'est bâtie uniquement "(...) sur un sentiment purement nationaliste" (2) ? Certes, en réussissant à canaliser les aspirations de l'opinion publique canadienne à être maîtresse chez elle tant sur le plan politique que judiciaire, le mouvement nationaliste avait joué un rôle déterminant dans la campagne d'abolition. Mais quelqu'ait été son importance en l'espèce, concrétisait-il l'enjeu véritable de la neutralisation du Comité Judiciaire ?

Une lecture attentive des événements nous incline à penser que la dynamique nationaliste n'a été, en fait, que l'enjeu apparent de l'abolition des appels. En réalité, derrière cette dynamique se profilait en enjeu autrement plus fondamental : la réorientation du fédéralisme canadien.

(1) RUSSELL P.H. : "The supreme court of Canada as a bilingual and bi-cultural institution", op. cit., p. 33.

(2) CHEFFINS R.I. : "The supreme court of Canada : the quiet court in an inquiet country", O.H.L.J. 1966, vol. 4, p. 267.

CHAPITRE II : L'ENJEU REEL DE L'ABOLITION DES APPELS AU COMITE JUDICIAIRE DU CONSEIL PRIVE

Le recours au nationalisme fut utilisé indirectement pour condamner les orientations jurisprudentielles du Comité Judiciaire considérées par certains comme trop favorables aux provinces. De fait, si la cause immédiate de l'abolition des appels semble avoir été la montée du nationalisme canadien, "(...) le problème fondamental et la cause essentielle était la manière et la façon avec lesquelles le Comité Judiciaire entreprit le commentaire de la constitution canadienne" (1).

Ainsi, l'installation de la Cour Suprême comme tribunal général d'appel de dernière instance ne procédait pas seulement d'une volonté d'indépendance judiciaire mais encore de l'objectif de mettre un terme à la jurisprudence provincialiste du tribunal londonien. C'est dire combien "(...) les passions du nationalisme et les désirs de centralisation" (2) étaient intimement liés dans la campagne d'abolition.

L'attente nationaliste des Canadiens ne s'arrêtait pas simplement à la substitution au Comité Judiciaire d'un tribunal suprême canadien plus proche de leur réalité constitutionnelle. Elle escomptait aussi que "(...) dans la plupart des champs de compétences et non simplement dans les matières constitutionnelles, la Cour adapterait la loi aux besoins et circonstances canadiennes" (3). On attendait, dès lors, de la Cour Suprême qu'elle soit canadienne c'est à dire plus "(...) familière aux conditions, besoins et mode de pensée canadiens" (4).

(1) HERMAN M.J. : "The founding of the supreme court of Canada and the abolition of the Appeal to the Privy Council", op. cit., p. 24.

(2) CAIRNS A.C. : "The judicial committee and its critics", op. cit., p. 339.

(3) RUSSELL P.J. : "The political role of the supreme court of Canada in its first century", op. cit., p. 587.

(4) MacDONALD V.C. : "The canadian constitution seventy years after", op. cit., p. 427.

Ces espoirs, en l'espèce, cachaient mal une profonde ambiguïté dans la mesure où à l'ombre de la revendication nationaliste pointait la froide résolution de restaurer l'esprit de la Confédération de 1867. Une telle restauration passait, de ce fait, par le démantèlement de l'oeuvre jurisprudentielle du Comité Judiciaire.

SECTION I - LA RESTAURATION DE L'ESPRIT DE LA CONFEDERATION

Dans les milieux fédéraux canadiens régnait la conviction que la Cour Suprême s'avérait l'instrument adéquat capable d'amorcer un renversement jurisprudentiel profond. C'était là, de toute évidence, vouloir renouer avec les idées politiques des fondateurs de la Confédération.

La démarche centrale des hommes de 1867 tournait autour de l'idée "(...) qu'il était nécessaire de constituer une union centralisée dans laquelle le gouvernement fédéral jouerait le rôle prédominant" (1). Un tel dessein n'avait rien de hasardeux car il s'inscrivait dans la logique même de la personnalité de ces derniers.

De fait, le tempérament des Pères de la Confédération ne fut pas sans influencer leurs choix constitutionnels. MacDONALD comme ses collègues n'étaient pas de ces juristes sourcilleux s'attardant sur des exégèses inutiles. Ils appartenaient plutôt à cette catégorie d'hommes qui ont une idée claire de ce qu'ils ont à accomplir et qui savent le but à atteindre. Loin d'être des théoriciens, "(...) c'étaient des hommes politiques pratiques avec une longue expérience des combats et des projets constitutionnels passés et pourvus d'un solide sens de l'histoire canadienne" (2). Leur action politique se basait avant tout sur une analyse pragmatique de la réalité sociale et politique du Canada. "Empiristes de tempérament, ils ne faisaient aucunes incursions évidentes dans la théorie politique abstraite" (3) mais s'attachaient à doter leur pays d'une structure constitutionnelle adéquate.

Par ailleurs, la forte personnalité d'un homme comme MacDONALD, joua certainement un rôle d'entraînement. Celui-ci, en effet, plus que tout autre, fut le parrain du projet confédératif en sachant, à force de détermination, rallier ses amis à des conceptions fédérales centralisatrices. De fait, parmi ses collègues partisans d'un Etat fédéral puissant, il

(1) Conférence sur la Confédération de demain, 1968, p. 19.

(2) SCOTT F.R. : "Canadian federalism : the legal perspective", A. L. R., 1966, 1967, vol. 5, p. 266.

(3) BRADY A. : "Democracy in the Dominions : a comparative study in institutions". University of Toronto Press, 1958, 3cd, p. 39.
F.R. SCOTT, à cet égard, assimile les Pères de la Confédération à "(...) des hommes d'affaires, des administrateurs de chemins de fer et des hommes politiques qui prévoyaient pour le nouveau dominion un brillant avenir". ("Une étude du fédéralisme canadien", B.I.S.S. 1952, vol. 4, p. 75).

en était le "(...) prototype (...)" (1). On peut dire aussi sans exagération que "(...) la forte influence centralisatrice de Sir John A. MacDONALD et de son parti conservateur (...)" (2) a grandement contribué au façonnement unitaire du fédéralisme canadien.

Paragraphe 1 - Les desseins unitaires des hommes de 1867

Le choix sur un type de régime fédéral centralisé ne se fit pas sans difficultés. Les Débats sur la Confédération témoignent, à cet égard, des vives tensions qui ont entouré cette question.

Il conviendra, à cet effet, de montrer qu'au-delà des dissensions sur le degré même de centralisation de la nouvelle structure fédérale, la justification du choix centralisateur résidait dans le rejet du modèle constitutionnel américain.

A - La contestation du type de centralisation

Lors des débats sur la Confédération, deux thèses s'affrontaient. La première soutenait l'idée d'une fédération décentralisée qui aurait laissé une grande autonomie aux provinces. Soutenu par certaines d'entre elles, ce projet était, à leurs yeux, une garantie contre le danger d'une structure fédérale trop centralisée.

La deuxième thèse préconisait, au contraire, l'instauration d'un fédéralisme fortement centralisé. Défendue par les partisans de Sir John A. MacDONALD, cette optique favorisait nettement la formation d' "(...) un état unitaire plutôt qu'une fédération décentralisée" (3). Selon eux, la solidité du nouvel édifice constitutionnel passait par l'attribution de larges

(1) Commission Royale d'Enquête sur les problèmes constitutionnels (Rapport TREMBLAY) 1956, vol. 2, p. 152-153.

D'autres auteurs voient en MacDONALD "(...) un centralisateur reconnu" (LOWER A.R.M. : "Théories of canadian federalism, yesterday and to-day" in *Evolving canadian Federalism*, 1958, p. 20-21). LIVINGSTON W. le considère comme "(...) un homme de gouvernement fort (...)", ("Federalism and constitutional change", Oxford at the Clarendon Press, 1956, p. 48).

(2) ROWAT D.C. : "The constitution and the federalism", U.B.C.L.N. 1950, vol. 1, p. 74.

(3) BARBEAU A. : "Le droit constitutionnel canadien", op. cit., p. 26.

pouvoirs au gouvernement central. Il était clair, en conséquence que "(...) la nouvelle nation devait avoir un gouvernement central fort" (1).

Or, la grande inconnue des débats de 1865 était justement de savoir si les provinces du Bas-Canada étaient disposées à accepter un tel schéma constitutionnel. MacDONALD et ses amis, partisans convaincus de l'union législative, ne pouvaient pas ne pas ignorer que leur projet heurterait le désir d'indépendance des provinces (2).

Aussi, soucieux de ménager les sentiments des délégués des provinces, jaloux de leur autonomie, MacDONALD opta pour le compromis. De fait, à la conférence de Québec, il renonçait à bâtir une union législative pour souscrire à un type d'union fédérale capable de rassurer les susceptibilités provinciales. Non sans amertume, il déclara :

"(...) qu'une union législative, pure et simple, était impraticable, notre prochaine tentative était de former un gouvernement sur des principes fédéraux, qui aurait donné au gouvernement général la force d'une union législative et administrative, tandis qu'en même temps il présentait cette liberté d'action pour les différentes sections qui est accordée par une union fédérale. Nous avons, concluait-il, renforcé le Parlement central et fait de la Confédération un peuple et un gouvernement, au lieu de cinq peuples et cinq gouvernements (...)" (3).

Toutefois, ce projet d'union fédérale avait pour lui d'être ambigu. Pour MacDONALD et ses collègues, c'est le principe de l'union qui devait naturellement prévaloir. Cette union serait fondée sur l'établissement d' "(...) un gouvernement central fort auquel appartiendront tous les pouvoirs

(1) SCOTT F.R. : "The special nature of canadian federalism", C.J.E.P.S. 1947, vol. 13, p. 19.

cf. aussi McWHINNEY E. : "Les Pères fondateurs de 1867 voulaient "(...) une constitution fortement centralisée avec un pouvoir gouvernemental en pratique lourd et la prise de décision gouvernementale en faveur du gouvernement central ou du Dominion" , ("The new, pluralistic federalism in Canada", R.J.T. 1967, p. 140).

(2) MacDONALD déclarait le 7 mars 1865 : "La Chambre se déclarerait en faveur d'une union législative au lieu d'une union fédérale. (...) Nous savons que le Bas-Canada se prononcerait comme un seul homme contre une pareille constitution", (Débats Parlementaires sur la question de la Confédération des provinces de l'Amérique du Nord, 1865, 3ème session du 8ème Parlement provincial du Canada, Québec, p. 732).

(3) "Mémoires", Oxford University Press, Toronto, 1930, p. 344.

non spécialement conférés aux provinces" (1). C'était donc privilégier la prééminence de droit du gouvernement fédéral sur les provinces : "Nous avons, proclamait-il, renforcé le gouvernement général. Nous avons donné à la Législature générale tous les grands sujets de législation" (2).

Pour les délégués provinciaux, le principe fédéral importait d'abord. C'est à travers celui-ci qu'ils en tendaient soustraire les provinces de l'emprise du gouvernement central :

"Les pouvoirs des gouvernements locaux et du gouvernement général, affirmait le chef canadien-français G.E. CARTIER, dérivent de la même source. Ce n'est pas le gouvernement du Canada qui a conféré leurs pouvoirs aux gouvernements locaux, mais bien le gouvernement impérial par un acte adopté au nom de la Reine. En vertu de cet acte, les gouvernements locaux sont distincts du gouvernement du Canada, et dans leur sphère d'action, ils représentent le gouvernement de la Reine et agissent en son nom" (3).

Compromis flou, l'union fédérale restait un compromis auquel MacDONALD et ses partisans consentirent à se rallier. Certes il aurait préféré à la place une union législative mais "(...) puisque on ne pouvait l'atteindre, il avait centré ses énergies pour bâtir une fédération aussi forte que possible et en rabaissant l'importance des provinces au degré maximum" (4). N'ayant pu obtenir ce qu'ils voulaient, les amis de MacDONALD s'employèrent à construire une structure constitutionnelle très centralisée à l'intérieur même du cadre fédéral (5).

(1) Débats Parlementaires sur la question de la Confédération des Provinces de l'Amérique Britannique du Nord, 1865, op. cit., p. 33.

Pour MacDONALD, il était à cet égard indispensable que "(...) toutes les grandes questions qui affectent les intérêts généraux de la Confédération en entier soient du ressort du Parlement fédéral" (ibid., p. 40).

(2) Ibid., p. 33.

(3) Discours du 20 novembre 1867. Débats Chambre des Communes, Recueil Tassé, p. 554.

(4) LOWER A.R.M. : "Theories of canadian federalism - yesterday and today", op. cit., p. 20-21.

(5) cf. LIVINGSTON W. : "Federalism and constitutional change", op. cit., p. 48.

Compromis ambigu, l'union fédérale demeurait dans l'esprit de MacDONALD un compromis provisoire. Contraints à travailler sur le canevas fédéral, les hommes de 1867 n'avaient pas perdu l'espoir de voir leur système évoluer à moyen terme vers un régime unitaire (1). De fait, il n'échappait à personne que MacDONALD n'avait accepté le schéma fédéral "(...) qu'à contre coeur et souhaitait qu'il pourrait fusionner plus tard dans une union législative" (2).

Décidément le sens tactique de MacDONALD avait fait merveille. Habilement manoeuvrées par ses partisans, les provinces avaient conclu, en définitive, "(...) un marché de dupes" (3). Des débats de 1865 naissait, en effet, une fédération enracinée dans "(...) un cadre hautement centralisé" (4). On assistait à la création d'un Etat où les matières d'intérêt général relevaient exclusivement du pouvoir central (5). Il ne restait aux gouvernements provinciaux que la portion congrue des affaires locales.

Loin d'avoir été mûri en toute indépendance, le choix centralisateur de 1867 résultait d'une réaction à l'évolution du fédéralisme américain.

B - Un choix centralisateur par réaction

En 1867, les hommes politiques canadiens n'avaient pour toute expérience constitutionnelle que celle ... des autres. Il était difficilement concevable, après des siècles de dépendance sous la tutelle anglaise, que les Pères fondateurs de l'A.A.N.B. de 1867 n'aient pu être influencés par des modèles constitutionnels. Cela l'était d'autant plus que "(...) le fédéralisme en tant que technique de gouvernement n'était pas familier aux hommes politiques canadiens, le monde qu'ils connaissaient était le système

(1) Cf. BRADY A. : "Democracy in the Dominions - a comparative study in institutions", op. cit., p. 43.

(2) Rapport de la Commission Royale sur les relations Dominion-provinces. 1940, vol. I, p. 30-31.

(3) Commission Royale d'enquête sur les problèmes constitutionnels (Rapport TREMBLAY) 1956, vol. 2, p. 155-156.

(4) BLACK E.R. & CAIRNS A.C. : "A different perspective on canadian federalism", C.P.A., 1966, vol. 9, p. 28.

(5) SCOTT F.R. : "The development of canadian federalism", Papers and proceedings of the Canadian Political Science Association, 1931, vol. 3, p. 246.

britannique" (1).

Trop pratiques, cependant, pour être capables d'imaginer un système constitutionnels nouveau et trop éloignés pour être en mesure d'apprécier et d'utiliser le modèle constitutionnel de la Grande-Bretagne, les constituants de 1867 n'avaient pour toute référence constitutionnelle concrète que celle de leur puissant voisin américain. De fait, l'observation des déboires du fédéralisme américain allait grandement influencer sur l'attitude des Pères de la Confédération.

Depuis l'insurrection des colonies anglaises d'Amérique, les hommes politiques canadiens suivaient avec un grand intérêt l'émergence de ce nouveau système constitutionnel. A la fois "(...) attirés et repoussés par le fédéralisme américain" (2), les constituants de 1867 éprouvaient ainsi un double sentiment. Le système américain les séduisait incontestablement par son originalité et sa capacité d'adaptation à un grand pays. Mais, par ailleurs, ils considéraient avec une certaine répugnance certaines imperfections, à leurs yeux, d'un tel système (3).

Au moment des conférences de Charlottetown et de Québec, les Etats-Unis se débattaient en effet dans la guerre de sécession et les états du sud revendiquaient le droit de se retirer de l'union. Pour les Pères fondateurs de 1867, seule l'absence dramatique d'un pouvoir central efficace avait pu permettre un tel embrasement meurtrier. A cet égard, "(...) l'exemple malheureux de la guerre civile américaine fut largement considéré pour

(1) MALLORY J.R. : "Le système constitutionnel canadien", Corpus constitutionnel, Recueil universel des constitutions en vigueur, 1974, Leiden E.J. Brill, Tome II, fascicule 1, p. 107.

Il est à remarquer à cet égard, une certaine inculture juridique des Pères de la Confédération. Cela s'explique par leur approche strictement politique de la réalité constitutionnelle. Ceux-ci n'avaient qu'une vague idée des différents systèmes constitutionnels et employaient avec plus ou moins de rigueur des expressions juridiques telles que confédération, fédération ou union fédérale.

(2) BRADY A. : "Democracy in the Dominions - a comparative study in institutions", op. cit., p. 39.

(3) MacDONALD exprimait bien cette ambivalence en ces termes : "Nous avons eu, pour nous guider, l'expérience des Etats-Unis. Je ne suis pas de ceux qui regardent la constitution des Etats-Unis comme un coup manqué. Je crois que c'est une des plus grandes oeuvres que le génie humain ait jamais créé. Mais dire qu'elle est parfaite serait se tromper". (Débats sur la Confédération, 1865, op. cit., p. 33).

mettre en évidence le besoin d'un gouvernement fort au centre (...) (1). C'est par souci d'éviter de tels dangers d'éclatement que les constituants canadiens penchèrent en faveur d'une structure fédérale axée sur le pouvoir central (2).

Pêchant par trop de faiblesse dans l'aménagement des pouvoirs, l'exemple américain devait être, dès lors, rejeté. Il s'agissait, par conséquent, pour les hommes politiques canadiens de creuser leur imagination afin "(...) d'établir une forme fédérale complètement différente de celle des Etats-Unis" (3).

Le recours à un pouvoir central fort s'avérait, ainsi, la solution naturelle susceptible d'asseoir sur des bases solides le nouvel édifice constitutionnel canadien : "Nous avons, déclarait MacDONALD, évité cette grande source de faiblesse qui a été la cause de l'éclatement des Etats-Unis" (4).

A cet effet, les Pères de la Confédération se résolurent à inverser le champ d'affectation des compétences au sein de la fédération. En s'attachant ainsi à corriger les vices du système constitutionnel américain, les constituants de 1867 viciaient dans son essence le principe fédéral. A l'opposé de la constitution américaine qui attribue au gouvernement fédéral des pouvoirs délégués par les Etats, l'A.A.N.B. de 1867 "(...) renversait ce concept par une délégation des pouvoirs du gouvernement fédéral aux provinces" (5). C'était là, interdire toute possibilité aux provinces de retirer leur délégation au gouvernement central (6). Pour les constituants canadiens, "(...) la faiblesse cruciale du fédéralisme canadien (...) (7) venait de

(1) JOHNSTON R.E. : "The effect of judicial review on federal-state relations in Australia, Canada and the United States", Louisiana state-University Press, 1969, p. 15-16.

(2) cf. McWHINNEY E. : "Judicial review in the english-speaking world", University of Toronto Press, 1965, p. 62.

(3) Débats Parlementaires sur la question de la Confédération des Provinces de l'Amérique Britannique du Nord, 1865, op. cit., p. 33.

(4) Débats Parlementaires sur la question de la Confédération des Provinces de l'Amérique Britannique du Nord, 1865, op. cit., p. 33.

(5) SPIRO H.J. : "Government by constitutions : the political systems of democracy", New-York - Random House, 1969, p. 130.

(6) cf. CORRY J.A. & HODGETTS J.E. : "Democratic government and politics", University of Toronto Press, Toronto 1968, 3 ed., p. 555.

(7) AIYAR S.P. : "Federalism and social change - a study in quasi-federalism", Asia Publishing House, London, 1961, p. 107.

l'attribution du pouvoir résiduaire aux Etats fédérés. En inversant ce principe, ceux-ci entendaient se prémunir contre tout risque éventuel de démembrement de la Confédération (1).

Cette déviance unitaire du fédéralisme américain se justifiait pour des raisons politiques (2). On a coutume, à cet égard, d'opposer le fédéralisme légal américain au fédéralisme politique échafaudé par les constituants canadiens (3). De fait, cette distinction a le mérite de restituer chacune des deux expériences constitutionnelles dans leur finalité respective.

Ainsi, à la différence des constituants américains qui s'attachaient à écarter les empiétements de l'autorité centrale sur les prérogatives des Etats fédérés, les Pères de la Confédération avaient pour objectif l'unification d'un pays profondément diversifié. Seule une structure constitutionnelle très centralisée pouvait permettre de le réaliser. Le caractère unitaire du fédéralisme canadien devenait, dès lors, nécessaire pour souder un sentiment national encore fragile dans un Canada en formation. Ce but, les constituants canadiens ne pouvaient l'atteindre qu'en brisant "(...) les forces centrifuges du régionalisme pour garantir l'unité du pays sous la domination du pouvoir fédéral" (4).

Il ne s'agissait pas, à l'instar des fédéralistes américains d'instaurer, par des voies légales, un équilibre satisfaisant entre les deux ordres de gouvernement. La démarche constitutionnelle canadienne s'inspirait, au contraire, de considérations politiques visant à enlever aux provinces fédérées "(...) un pouvoir d'agir au détriment de la nation dans son entier" (5).

(1) EVERETT M. PRICE : "(...) en donnant le pouvoir résiduaire au gouvernement fédéral, les pères de la Fédération espéraient éviter le problème des droits locaux qui avait été une des causes de la guerre de sécession aux Etats-Unis." ("Le nationalisme du Québec face au fédéralisme canadien", Thèse, Grenoble, 1972, p. 127).

(2) Cf. ROWAT D.C. : "The constitution and the federalism", op. cit., p. 75.

(3) COWELL D.A. écrit ainsi : "Le fédéralisme légal, le modèle que les Canadiens percevaient dans les Etats-Unis, place le jugement final dans le royaume de la loi. C'était le fédéralisme légal imputé par les Canadiens aux Etats-Unis que les Pères fondateurs rejetèrent" ("Devising an amendment formula for Canada : the development of the Fulton-Favreau formula", Thèse, Georgetown University 1968, p. 26).

(4) E. M. PRICE : "Le nationalisme du Québec face au fédéralisme canadien", op. cit., p. 239.

(5) SCOTT F.R. : "The special nature of canadian federalism", op. cit., p. 16.

Ce qu'il importe, en fin de compte, de retenir, ce n'est pas tant l'impact considérable de l'influence américaine sur le développement de la constitution canadienne que la réception même de cette influence par les constituants canadiens. Déterminés à "(...) corriger les erreurs américaines en établissant un fédéralisme hautement centralisé et "presque unitaire" (...)" (1), ces derniers se rangeaient dans le camp des fédéralistes du type hamiltonien (2). Expérience en réaction au fédéralisme américain, le fédéralisme canadien ne pouvait ainsi qu'en être sa déformation (3).

(1) JOHNSTON R.E. : "The effect of judicial review on federal-state relations in Australia, Canada and the United States", op. cit., p. 290.

(2) AIYAR S.M. : op. cit., p. 107.

(3) CLOCKIE H. McD. : "(...) le système canadien fut projeté pour éviter les traits les plus mauvais du système américain en donnant à la législature centrale tous les sujets importants et en laissant seulement les sujets nécessairement locaux et provinciaux aux législatures subordonnées ("Judicial review, federalism and the canadian constitution", C.J.E.P.S., 1942, vol. 8, p. 553).

SECTION II - LE DEMANTELEMENT DE L'OEUVRE JURISPRUDEN- TIELLE DU COMITE JUDICIAIRE

En démantelant la juridiction du Comité Judiciaire en 1949, les abolitionnistes avaient le sentiment d'avoir le droit pour eux. L'éclairage jurisprudentiel novateur du tribunal londonien avait été une trahison de l'esprit de la confédération qu'il convenait donc de juger d'une manière exemplaire.

Paragraphe 1 - Le caractère novateur de l'éclairage jurisprudentiel du Comité Judiciaire

Beaucoup d'encre aura coulé pour expliquer l'approche jurisprudentielle du Comité Judiciaire vis-à-vis de l'A.A.N.B. de 1867. Voulue sciemment ou non, cette véritable "(...) révolution constitutionnelle" (1) devait, en effet, radicalement transformer la constitution canadienne. Ainsi, la démarche du Comité fut-elle de restituer sinon de préserver le caractère fédéral de l'A.A.N.B. . En s'efforçant à ce "(...) que le Dominion puisse, dans une grande mesure mais à l'intérieur de certaines limites, être maître chez lui tout comme les provinces sont maîtresses chez elles (...)" (2), le Comité londonien entendait instaurer une réelle autonomie entre les deux ordres de gouvernement.

Sur quelles bases interprétatives, le Comité Judiciaire a-t-il pu justifier un tel éclairage jurisprudentiel ?

A - Les bases de l'interprétation du Comité Judiciaire

Le génie du Comité Judiciaire est d'avoir su, à travers une interprétation strictement littérale, développer une réflexion jurisprudentielle à contre-pied des objectifs visés par les constituants de 1867. S'appuyant sur

(1) SCOTT F.R. : "Centralization and decentralization in canadian federalism", R.B.C., 1951, vol. 29, p. 1103.

(2) EDWARDS v. Procureur Général du Canada (1930), A.C. 124, p. 136.

les termes mêmes du préambule (1), le tribunal londonien a fait du rééquilibrage du partage des compétences son combat constitutionnel. A partir d'un fédéralisme originaire gravement déformé, le Comité Judiciaire ré-écrivait ainsi "(...) la définition d'un fédéralisme authentique" (2).

L'écran de l'interprétation littérale du Comité londonien dissimulait mal, cependant, une grande cohérence de son attitude :

"Le Canada est une véritable fédération qui tire son origine d'un pacte entre unités souveraines dont les législatures devraient, en-deçà de certaines limites, posséder un statut égal et l'autonomie (...)" (3).

La technique de l'interprétation grammaticale des termes constitutionnels permit, de fait, d'assumer légalement une relecture de l'A.A.N.B. de 1867. Parce qu'une telle technique excluait toute analyse fonctionnelle de la constitution, les considérations politiques et économiques en étaient écartées. Dès lors, l'Acte de 1867 fut interprété "(...) d'une manière interne par ses propres termes, et comme le temps passait, à la lumière de l'interprétation du précédent judiciaire" (4).

Le Comité Judiciaire ne se référait pas, par conséquent, à l'esprit de la constitution canadienne mais à la lettre même de ses dispositions. C'est dire, en fin de compte, que l'instance judiciaire de Londres n'interprétait pas le document de 1867 "(...) à la lumière de ce qu'avaient voulu dire les Pères fondateurs (ou pouvaient avoir dit) mais littéralement" (5). A cet

(1) Le Comité Judiciaire déclarait à ce propos : "Vous trouvez une seule phrase (...) apparaissant seulement dans le préambule mais opérant sur l'ensemble du statut, la phrase "unis fédéralement". Le mot fédéral est la clé qui ouvre les clauses et révèle leurs contenus. Toute loi doit s'interpréter à la lumière de ces mots (...)" (St Catherine's Milling and Lumber Co. v. la Reine (1888) A.C. 14, p. 46).

(2) Commission Royale d'enquête sur les problèmes constitutionnels (Rapport TREMBLAY) 1956, vol. 2, p. 165.

(3) MacDONALD V.C. : "The Privy Council and the canadian constitution", R.B.C., 1951, vol. 29, p. 1030.

(4) EATON W. : "Canadian judicial review and the federal distribution of power", A.J.C.L., 1958, vol. 7, p. 50-51.

(5) AIYAR S.P. : "Federalism and social change - a study in quasi-federalism", op. cit., p. 113.

Cf. CHEVRETTE F. : "(...) l'interprétation que le Comité Judiciaire a laissée du texte constitutionnel canadien fut en général de caractère abstrait et juridique (...)", (Recueil de Droit Public - Jurisprudence note et documents, Université de Montréal, 1974, p. 266).

égard, dès le début de son règne judiciaire, le Comité avait-il tenu à justifier son refus d'une interprétation trop éloignée du texte constitutionnel :

"Si les termes positifs qui attribuent la compétence sont de façon générale conformes dans la loi en question et si celle-ci ne viole aucune condition ou restriction expresses qui limitent cette compétence, il n'appartient à aucun tribunal de pousser plus loin ses recherches ou d'étendre par interprétation ces conditions et restrictions (...)" (1).

En ramenant l'Acte constitutionnel de 1867 au rang d'un simple statut ordinaire relevant des simples règles de l'interprétation statutaire (2), le Comité Judiciaire évacuait ainsi tout l'arrière-plan politique de celui-ci. Un tel "oubli" ne pouvait pas ne pas avoir d'importantes implications au niveau constitutionnel.

B - Les implications constitutionnelles de l'interprétation du Comité Judiciaire

Depuis toujours, la ligne jurisprudentielle du Comité Judiciaire du Conseil Privé a révélé le souci constant d'éviter que l'autonomie provinciale ne soit affaiblie ou subordonnée au gouvernement fédéral :

"(...) la législature locale exerce un pouvoir souverain et possède de la même autorité que le Parlement impérial ou que le Parlement du Dominion aurait dans des circonstances analogues, de conférer à une institution municipale ou à un organisme de sa création (...)" (3).

On retrouve une semblable préoccupation de protéger les prérogatives des provinces dans l'arrêt *Bank of Toronto v. Lambe* :

"Leurs Seigneuries se doivent d'interpréter les termes explicites d'une loi du Parlement (impérial) qui prévoit une distribution de tout le domaine de la compétence législative entre deux entités législatives et qui, en même temps, prévoit, pour les provinces

(1) *La Reine v. Burah* (1873) A.C. 889, p. 904.

(2) Cf. SEYFFERT R.W.J. : "A study of the supreme court of Canada as an institution of constitutional law reform", U.T.F.L.R., 1970, vol. 28, p. 29.

(3) *HODGE v. la Reine* (1883-84) A.C. 117, p. 132.

fédérées une constitution reposant sur un équilibre prudemment recherché (...) (1).

C'est en l'occurrence dans la prise en considération du partage des compétences (2) que le Comité Judiciaire dévoilait clairement sa propre conception du fédéralisme canadien :

"(...) l'exception à l'article 92 telle que définie par le dernier paragraphe de l'article 91 (3) ne s'applique pas à ces matières qui ne sont pas spécifiées à l'énumération des sujets de législation, et en légiférant sur ces matières, le Parlement du Dominion n'a pas l'autorité d'empiéter sur aucune catégorie de sujets qui est attribuée exclusivement aux législatures provinciales par l'article 92. Donner, ajoutait le Comité, toute autre interprétation au pouvoir général qui, en plus de ses pouvoirs spécifiques, compete au Parlement du Canada par l'article 91, serait non seulement contraire à l'esprit de la loi, dans l'opinion de leurs Seigneuries, mais aurait pour effet de détruire à toutes fins pratiques l'autonomie des provinces" (4).

En d'autres termes, il ne saurait être question de considérer les matières provinciales de l'article 92 comme des matières d'exception sujettes à la compétence générale fédérale de l'article 91. Par conséquent, les articles 91 et 92 de l'A.A.N.B. de 1867 sont constitués de deux listes de matières situées sur le même plan. Ces deux compétences, l'une fédérale, l'autre provinciale, "(...) en perpétuelle interaction, à la recherche d'un

(1) (1887) A.C. 575, p. 587.

Cf. aussi *Liquidators Maritime Bank v. Rec. Gen. Can.* (1892) A.C. 437, p. 441 : "(...) l'objet de la loi n'était pas de fusionner les provinces en un tout et de subordonner les gouvernements provinciaux à une autorité centrale mais de créer un gouvernement fédéral où les provinces seraient toutes représentées et auquel serait confiée de façon exclusive l'administration des affaires d'intérêt commun, chaque province conservant son indépendance et son autonomie (...)".

(2) Le champ de compétence du Parlement fédéral est délimité par l'article 91 de l'A.A.N.B. de 1867 ; celui des législatures provinciales par l'article 92.

(3) "Une matière rentrant dans les catégories de sujets énumérées dans le présent article n'est pas réputée comprise dans la catégorie de matières d'une nature locale ou privée prévue à l'énumération des catégories de sujets que la présente loi attribue de façon exclusive aux législatures des provinces".

(4) *Procureur Général de l'Ontario v. Procureur Général du Canada* (1896) A.C. 348, p. 359.

certain équilibre juridique (...) (1) doivent, dès lors lues ensemble et interprétées l'une par rapport à l'autre.

A la vérité, le Comité Judiciaire estimait son attitude d'autant plus fondée que, selon lui "(...) l'objet fondamental de la Loi (...) fut d'ériger un système gouvernemental reposant sur des principes essentiellement fédératifs" (2).

L'impact jurisprudentiel du Comité londonien sur l'évolution constitutionnelle canadienne devait être considérable. En transformant la structure fédérale centralisée échafaudée par les Pères de la Confédération en un "(...) fédéralisme décentralisé (...)" (3), les juges londoniens avaient indubitablement remodelé le visage de la constitution de 1867. L'attitude légaliste du Comité Judiciaire rendait, ainsi, l'Acte confédératif plus conforme aux principes du fédéralisme (4). On assistait, en vérité, au façonnement implicite d'une seconde constitution.

Audacieux, le dessein jurisprudentiel du tribunal londonien l'était sans doute dans la mesure où il se situait à contre-courant de la logique constitutionnelle initiale de l'A.A.N.B. de 1867. Mais, une telle démarche comportait assurément de graves risques. De plus en plus nombreux étaient ses détracteurs l'accusant d'avoir ignoré, sinon perverti le fondement même de la constitution canadienne.

(1) CHEVRETTE F. : "Recueil de Droit Public - Jurisprudence, note et documents", 1974, op. cit., p. 268.

(2) MCWHINNEY E. : "Federalism, constitutionnalism and legal change : legal implications of the "revolution" in Quebec", in "L'avenir du fédéralisme canadien" (Crepeau & Macpherson) 1965, p. 159.
cf. même auteur : "(...) d'une constitution initialement hautement centralisée, l'Acte de l'Amérique du Nord britannique fut transformé sous la pression d'événements politiques canadiens amplement reconnus par les décisions du Conseil Privé en une constitution sensiblement décentralisée, provincialiste d'une manière appuyée", ("Social revolution and constitutional revolution in Canada : some reflections on the philosophy of legal change", McG.L.J. 1966, 1967, vol. 12, p. 482).

cf. aussi J. Simeon R.E.B. : "Federalism and policy-making : federal-provincial negociation in Canada", Thèse, Yale University, 1969, p. 55.

(3) Renvoi relatif aux questions soumises au sujet de la réglementation et du contrôle de l'aéronautique (1932) A.C. 54, p. 69.

(4) Cf. BROSSARD J. : "La révolution fédéraliste", R.J.T., 1972, p. 1.

Paragraphe 2 - La condamnation de l'éclairage jurisprudentiel du Comité
Judiciaire

L'honorable député M. CHURCH n'avait pas du tout tort de qualifier la procédure d'abolition des appels de "(...) projet de loi d'inspiration politique" (1). Tant il est vrai que la raison essentielle de l'éviction de la juridiction londonienne doit être analysée dans la condamnation de sa jurisprudence.

Dans le brouhaha hostile à l'endroit du Comité, deux motifs majeurs de mécontentement pouvaient être dégagés :

"Les critiques à l'encontre du Conseil Privé, note avec beaucoup de lucidité CAIRNS, peuvent être grossièrement séparées en deux diagnostics opposés en ce qui concerne le rôle judiciaire. Un camp (...) formulait des critiques qui préconisaient une approche flexible, pragmatique afin que les juges puissent s'efforcer de mettre à jour l'Acte de l'Amérique du Nord britannique. Un autre camp, (...) ralliait ceux qui critiquaient la cour de ne pas avoir fourni une interprétation logique, techniquement correcte, d'un document bien rédigé" (2).

Ces deux sortes de critiques s'avéraient, somme toute, complémentaires. En effet, c'est justement parce que le Comité londonien n'aurait pas saisi la nature véritable de la constitution canadienne, qu'il n'a pas su fournir une interprétation fonctionnelle du texte de 1867. Les adversaires du Comité lui reprochaient ainsi tant une absence de compréhension de la constitution canadienne qu'une carence dans l'adaptation fonctionnelle de celle-ci.

A - Les critiques quant à l'absence de compréhension de la constitution canadienne

Trahison était devenu l'argument de bataille de ceux qui accusaient le Comité Judiciaire d'avoir fait preuve d'incompréhension dans son interprétation de l'A.A.N.B. de 1867. Ce grand fourvoiement jurisprudentiel cristallisait véritablement toute l'hostilité à l'endroit du tribunal londonien :

(1) Débats à la Chambre des Communes, 13 Geo VI 1949, Première session de la 21ème législature, Loi de la Cour Suprême, p. 515.

(2) CAIRNS A.C. : "The Judicial Committee and its critics", op. cit., p. 302.

"Une incompréhension de la nature du fédéralisme canadien et une obsession dans l'idée de préserver l'autonomie provinciale des empiétements ont conduit à une mauvaise interprétation initiale de la fonction des termes divers des articles 91 et 92 (...)" (1).

Cette condamnation de V. C. MacDONALD n'était pas sans rappeler de semblables critiques émises lors des débats à la Chambre des Communes et au Sénat (2). Noyées dans le flot des envolées nationalistes, elles n'en signifiaient pas moins un état d'esprit révélateur.

La vague de mécontentement à l'égard des juges londoniens débordait largement l'hémicycle des deux assemblées. De fait, nombre de juristes anglo-canadiens ressentaient une grande "(...) insatisfaction" (3) face aux initiatives jurisprudentielles du Comité Judiciaire. Ils ne pouvaient que déplorer une telle attitude dont le résultat avait été de "(...) rendre complètement négatives la plupart des intentions de la Conférence de Québec (...)" (4). Que ce contre-sens jurisprudentiel ait été prémédité ou non, il procédait pour le moins à leurs yeux d'une "(...) mauvaise volonté (...)" pour mettre en lumière les intentions des Pères fondateurs et par là-même de clarifier les obscurités de l'A.A.N.B. " (5).

A coup sûr, le tribunal de Londres avait outrepassé ses droits en accordant trop de prérogatives aux provinces aux dépens du gouvernement

(1) MacDONALD V.C. : "The Privy Council and the canadian constitution", op. cit., p. 1035.

(2) L'honorable M. COLDWELL déclarait : "(...) les décisions rendues de temps à autre par le Conseil Privé ont gravement atteint notre régime fédératif, ainsi que se l'étaient représenté les auteurs de la Confédération, et beaucoup amoindri les pouvoirs du Parlement". (Débats à la Chambre des Communes, 13 Geo VI 1949, Première session de la 21ème législature, Loi de la Cour Suprême, p. 205).

cf. aussi la déclaration de l'honorable M. KINLEY (Débats du Sénat, 13 Geo VI 1949, Première session de la 21ème législature, Bill concernant la Cour Suprême, p. 194).

(3) LIVINGSTON W.S. : "Abolition of appeals from canadian courts to the Privy Council", H.L.R. 1950-1951, vol. 64, p. 110.

(4) DAWSON R. McG. : "The government of Canada", Toronto, University of Toronto Press, 1966 4 ed., p. 36.

(5) CAIRNS A.C. : "The living canadian constitution", Q.Q., 1970, vol. 77, p. 494.

fédéral (1). Aussi beaucoup lui en voulaient-ils d'avoir sans raison limité rigoureusement les compétences générales du gouvernement fédéral. Une telle attitude était d'autant plus critiquable que rien ne pouvait la justifier sur le plan juridique :

"(...) Il était engagé dans des élaborations constitutionnelles, souligne le professeur McWHINNEY, qui étaient ni expressément garanties par le texte de la constitution, ni soutenues par les intentions historiques initiales des Pères fondateurs (...)" (2).

Pour les opposants au tribunal londonien, la campagne nationaliste pour l'abolition des appels permettait du même coup de rompre avec une interprétation jurisprudentielle qui avait tout à la fois "(...) ignoré la lettre et trahit l'esprit de la constitution (...)" (3). C'est dire combien le succès du mouvement abolitionniste s'est révélé surtout le succès de certains milieux politiques fédéraux hostiles à la jurisprudence de Londres. "C'est en fait, en s'opposant aux visées centralisatrices de l'Etat fédéral (...) que le Comité Judiciaire signa son arrêt de mort (...)" (4). Pour avoir contrecarré les intentions des Pères de la Confédération, les juges londoniens s'exposaient délibérément aux menaces de ceux qui misaient sur la nécessité d'une centralisation des compétences.

"Malicieuse perversité (...)" (5) pour les uns, "(...) parti pris

(1) LAPOINTE A. : "Pour avoir (...) presque constamment élargi les pouvoirs législatifs des provinces au détriment du pouvoir central, il fallait que le Conseil Privé n'ait pas compris le véritable esprit de l'A.A.N.B." ("La jurisprudence constitutionnelle et le temps", R.J.T. 1956, p. 27). Cf. aussi MALLORY J.R. : "The five faces of federalism", in "L'avenir du fédéralisme canadien" (Crepeau & Macpherson) 1965, p. 6.

(2) McWHINNEY E. : "Federal supreme courts and constitutional review", R.B.C., 1967, vol. 45, p. 586.

(3) BEETZ J. : "Les attitudes changeantes du Québec à l'endroit de la constitution de 1867", in "L'avenir du fédéralisme canadien" (Crepeau & Macpherson) 1965, p. 117.

(4) BROSSARD J. : "La cour suprême et la constitution - le forum constitutionnel du Canada", op. cit., p. 243.

Cf. aussi OUELLETTE Y. : "Les véritables raisons qui ont provoqué l'abolition des appels au Conseil Privé étaient d'abord l'irritation du gouvernement fédéral devant certaines décisions décentralisatrices du Conseil Privé (...)" ("Les frères ennemis : la théorie de la qualification face à la législation déguisée - une introduction à la jurisprudence politique", R.J.T., 1967, p. 66).

(5) CLOKIE H. McD : "Judicial review, federalism and the canadian constitution", op. cit., p. 552.

provincial" (1) pour les autres, le remodelage jurisprudentiel du Comité Judiciaire faisait, dès lors, obstacle à la réalisation d'un tel objectif. Le dépoussiérage de la constitution de 1867 passait nécessairement par la condamnation définitive du Comité.

B - Les critiques quant à la carence dans l'adaptation
fonctionnelle de la constitution canadienne

Certains accusaient non seulement le Conseil Privé d'avoir pris beaucoup de liberté avec le texte de la constitution canadienne mais encore de n'avoir pas su adapter le fédéralisme canadien à l'évolution historique. Le nouveau procès intenté au tribunal londonien se justifiait, selon ses adversaires, dans le fait que celui-ci avait interprété la répartition des compétences d'une manière trop figée. Cet immobilisme dans l'interprétation du Comité aurait ainsi engendré une inadaptation croissante du schéma constitutionnel canadien aux réalités nouvelles.

Cette critique faisait référence aux difficultés économiques que traversa la Canada dans l'entre-deux guerres. Durant cette période, l'urgence de circonscrire la crise, la nécessité de prendre de rapides mesures dans le domaine économique et social exigeaient une centralisation accrue des pouvoirs de décision. Le Comité Judiciaire se refusa à modifier l'équilibre du partage des compétences en faveur du gouvernement fédéral. On devine la fureur des milieux fédéraux (2). Beaucoup de Canadiens estimaient que "(...) l'impuissance fédérale face au désastre économique" (3) relevait dans une large mesure de l'attitude jurisprudentielle du Comité londonien. En privant les autorités fédérales des armes législatives suffisantes pour combattre la récession économique, ce dernier s'était obstiné envers et contre tout à préserver un partage égal de compétences entre les deux ordres de gouvernement.

(1) BRADY A. : "Democracy in the Dominions : a comparative study in institutions", op. cit., p. 45.

EATON voit en ce remodelage "(...) un exemple fascinant et plutôt surprenant d'un réajustement judiciaire de la distribution du pouvoir législatif dans un système fédéral" ("Canadian judicial review and the federal distribution of power", op. cit., p. 47).

(2) "Durant la dépression le Comité Judiciaire avait été la cible des critiques de plus en plus nombreuses de la part de nombreuses autorités juridiques canadiennes (...) au sujet d'une série de décisions qui limitaient la sphère d'activité du gouvernement fédéral (...)" (Conférence sur la Confédération de demain, 1968, p. 30).

(3) LEIGH L.H. : "The supreme court and the canadian constitution", O.L.R. 1967-1968, vol. 2, p. 322-323.

On comprend, dès lors, l'animosité de certains à l'endroit du tribunal londonien qui s'était opposé à sacrifier la moindre des prérogatives provinciales sur l'autel de la bataille économique. En ne répondant pas à ce qu'on attendait de lui en ce domaine, le Comité Judiciaire s'était attiré ainsi de vives critiques. Celles-ci furent lancées avec une hostilité d'autant plus grande que "(...) le système fédéral apparaissait impuissant dans sa confrontation avec la crise économique et la désorganisation sociale" (1).

Devant l'impasse d'une telle situation (2), il s'agissait de prévenir, pour les centralisateurs, de semblables paralysies des autorités fédérales dans d'autres circonstances de crise. Le remplacement du Comité Judiciaire par une Cour Suprême plus favorable à leurs thèses devenait, par là même, d'une évidente nécessité.

Au-delà de la profonde ambiguïté des mobiles de l'émancipation jurisprudentielle de la Cour Suprême, il y a lieu de s'interroger sur les moyens mêmes de cette émancipation.

(1) CAIRNS A. C. : "The Judicial Committee and its critics", op. cit., p. 341.

(2) "Les provinces se trouvaient avec des responsabilités trop grandes pour leur ressources financières limitées et le Dominion demeurerait sans pouvoir pour s'occuper de nombreux problèmes dont la portée était réellement nationale" (LIVINGSTON W. S. : "Abolition of appeals from canadian courts to the Privy Council", op. cit., p. 110).

SOUS - TITRE II

LES MOYENS DE L'EMANCIPATION JURISPRUDENTIELLE DE LA COUR SUPREME

Avec l'abolition des appels au Comité Judiciaire, la Cour Suprême du Canada se débarrassait d'une sujétion jurisprudentielle pesante. Enfin, elle avait le champ libre !

Pourtant, en avait-elle les moyens ? La réponse pourrait être à la fois non et oui. Non, dans la mesure où l'émancipation jurisprudentielle de la Cour butait sur un obstacle majeur ; oui si l'on prend en considération d'autres facteurs favorables à une telle émancipation.

CHAPITRE I : L'OBSTACLE A UNE REELLE INDEPENDANCE JURISPRUDENTIELLE DE LA COUR SUPREME

En obtenant "la tête" du Comité Judiciaire, les centralisateurs avaient gagné une bataille. Mais la guerre de l'émancipation réelle de la Cour Suprême demeurait, à leurs yeux, loin d'être achevée. En effet, même écarté, aboli, le tribunal londonien restait toujours dans l'ombre de la scène constitutionnelle canadienne. Tout au moins son héritage jurisprudentiel, sauvé de l'oubli par la contraignante règle du stare decisis. Il s'agissait, dès lors, pour les centralisateurs, de faire sauter le verrouillage de cette règle nécessaire à l'indépendance jurisprudentielle de la Cour.

Il conviendra, à cet égard, d'examiner dans un premier temps le mécanisme de verrouillage de la règle du stare decisis avant de mesurer les attaques qui lui furent adressées.

SECTION I - LE MECANISME DE VERROUILLAGE DE LA REGLE DU STARE DECISIS

Lourde hypothèque sur la jurisprudence de la Cour, la règle du stare decisis avait, en effet, pour conséquence d'obliger le tribunal canadien de se soumettre aux décisions jurisprudentielles antérieures du Comité Judiciaire. Quelle en est sa définition et par ailleurs quelles en sont les implications au plan constitutionnel ?

Paragraphe 1 - La définition de la règle

La règle du stare decisis consacre l'autorité du précédent judiciaire. N'étant "(...) pas de droit strict" (1), celle-ci n'est, en effet, codifiée dans aucun recueil de loi ou d'arrêts. Elle ne doit, en vérité, son existence qu'au droit coutumier de la common law. C'est avec l'occupation anglaise du Canada au XVIIIe siècle que la règle du stare decisis est entrée en vigueur dans l'ancienne colonie. Depuis lors, "(...) la règle du précédent judiciaire que les juristes de droit coutumier appellent stare decisis est l'un des caractères fondamentaux du droit public au Canada" (2).

A - La signification du stare decisis

Au sens étymologique, le précédent judiciaire est l'autorité juridique investie dans une décision jurisprudentielle relative aux parties et dans des affaires analogues. Ainsi, cette décision permet-elle d'interpréter la loi en vigueur dont l'interprétation pourra, à son tour, servir de base au règlement de questions de droit similaires. L'importance de la règle se mesure à sa place dans l'ordre juridictionnel canadien. En effet, tous les tribunaux canadiens appelés à juger dans une matière de common law sont liés par les décisions de la Cour Suprême. Par ailleurs, la règle du précédent judiciaire "(...) implique que ces tribunaux canadiens se considèrent généralement liés par leurs propres décisions" (3).

(1) BROSSARD J. : "La Cour Suprême et la constitution - le forum constitutionnel du Canada", op. cit., p. 154.

(2) BARBEAU A. : "Le droit constitutionnel canadien - lois, documents et jugements divers", op. cit., p. 89.

McWHINNEY E. note que la doctrine du précédent judiciaire "(...) fut développée par les cours anglaises et érigée comme instrument de l'autorité impériale" ("Pluralistic federalism in Canada", op. cit., p. 41).

(3) BRUN H. & TREMBLAY G. : "Droit Public Fondamental", Presses de l'Université Laval - Québec, 1972, p. 23.

De plus, à mesure que le tribunal est élevé dans la hiérarchie judiciaire, l'autorité de ses décisions prendra plus de poids comme précédent. Cela ne veut pas dire que la règle du stare decisis doit s'appliquer automatiquement. Celle-ci n'est applicable que dans la mesure où survient une analogie assez nette entre deux causes judiciaires.

Ainsi, le fondement essentiel de la règle du précédent judiciaire se résume au fait que les tribunaux inférieurs, en système de common law, sont liés par les décisions des tribunaux que leur sont supérieurs dans la hiérarchie (1).

C'est avec beaucoup de clarté que l'honorable M. FLEMMING dégagait la signification d'une telle règle tant dans son principe que dans son fonctionnement :

"Lorsque nous parlons du principe stare decisis nous voulons dire simplement la reconnaissance d'un précédent, c'est-à-dire des décisions antérieures relatives aux questions se rapportant au sujet en litige devant le tribunal (...). C'est le principe du fonctionnement des tribunaux, principe qui n'a pas été contesté : le principe stare decisis, le principe de l'effet exécutoire d'un précédent" (2).

Les avantages de la règle du précédent judiciaire sont patents. D'une part, sur le plan pratique, elle permet l'instauration d'une cohérence jurisprudentielle. Le respect du stare decisis devient, dès lors, la garantie d'une continuité dans l'interprétation des tribunaux. D'autre part, le stare decisis présente des avantages psychologiques indéniables. Le juge pourra, en effet, se référer en toute certitude à des principes jurisprudentiels fermement établis dans le passé. Ainsi, le précédent judiciaire écarte-t-il du tribunal tout doute jurisprudentiel.

(1) "La première et probablement la plus importante partie de cette doctrine réside dans le principe selon lequel toutes les cours sont liées par les décisions des cours supérieures dans la hiérarchie (...)"

(FRIEDMANN W. : "Stare decisis at common law and under the civil Code of Quebec", R.B.C., 1953, vol. 31, p. 725-726).

cf. aussi BROSSARD J. : "La Cour Suprême et la constitution - le forum constitutionnel du Canada", op. cit., p. 153.

(2) Débats à la Chambre des Communes, 13 Geo VI 1949, Première session de la 21^{ème} législature, Loi de la Cour Suprême, p. 508-509.

B - Le champ d'application du stare decisis

La règle du stare decisis s'applique au jugement de la cour et non pas aux opinions individuelles de chacun des juges. En outre, l'autorité du précédent judiciaire ne concerne pas l'intégralité du jugement rendu. Le stare decisis ne vise, en effet, que la partie opératoire de la décision jurisprudentielle, en l'occurrence la "ratio decidendi".

Parmi les motifs d'un jugement, l'on distingue à cet égard les "obiter dicta" de la "ratio decidendi". Les "obiter dicta" formés des diverses opinions de la cour ne constituent pas le corps de la décision. En revanche, la "ratio decidendi" incorpore les motifs de la décision en articulant l'essentiel du raisonnement suivi par le juge dans son jugement final.

Paragraphe 2 - Les implications constitutionnelles de la règle

Les implications de la doctrine du stare decisis au niveau constitutionnel s'avéraient fondamentales en 1949. De fait, il s'agissait de savoir quelle serait l'attitude de la Cour Suprême à son endroit.

Le rideau tombé sur l'abolition des appels au Comité Judiciaire, une grande inconnue subsistait : la Cour Suprême se devait-elle d'être tenue de se plier aux précédents judiciaires élaborés par une juridiction maintenant disparue ? Bien entendu, personne n'osait envisager la solution radicale d'écarter purement et simplement le stare decisis : "(...) s'il fallait faire table rase, déclarait l'honorable M. DREW, de toutes les décisions rendues jusqu'à présent (...) par le Conseil Privé, il en résulterait d'interminables embarras" (1).

(1) Débats à la Chambre des Communes, 13 Geo VI 1949, Première session de la 21ème législature, Loi de la Cour Suprême, p. 197.

LAIRD D.H. considérait qu'un abandon total du stare decisis aurait "(...) détruit le système et créé la confusion et le chaos" ("The doctrine of stare decisis", R.B.C., 1935, vol. 13, p. 20).

De fait, la question essentielle résidait dans le degré de soumission de la Cour Suprême à la règle du précédent judiciaire (1). Une observation trop stricte du *stare decisis* par la Cour comportait le danger de voir les décisions constitutionnelles de Londres arbitrer toujours les litiges canadiens. Par là-même, le tribunal canadien se condamnait à n'être, pour l'avenir, que le porte-parole du Comité Judiciaire.

Par ailleurs, la Cour Suprême ne pouvait pas adopter une attitude trop laxiste à l'égard de la règle du *stare decisis* sans s'attirer de nombreuses critiques. Entre le maintien du verrouillage jurisprudentiel du Comité londonien et son ouverture, il y avait cependant une marge à l'intérieur de laquelle la Cour Suprême pouvait moduler son comportement.

Epée de Damoclès sur la jurisprudence constitutionnelle à venir du tribunal canadien, le *stare decisis* représentait une menace pour ceux qui escomptaient une réorientation jurisprudentielle du fédéralisme canadien. C'était dire toute l'importance des efforts de remise en cause de cette règle pour l'évolution constitutionnelle du Canada.

(1) "L'idée qu'un juge a du *stare decisis* va colorer et conditionner l'opinion du juge dans le droit et l'obligation de suivre le précédent ou de s'en écarter dans n'importe quelles circonstances données (...)", (HALL E.M. : "Law reform and the judiciary's role", C.L.J., 1972, vol. 20, p. 78).

SECTION II - LES EFFORTS DE REMISE EN CAUSE DE LA REGLE DU STARE DECISIS

Lors des débats sur l'abolition des appels au Comité Judiciaire, la règle du stare decisis suscita de vifs affrontements entre ceux qui souhaitaient sa préservation et ceux qui voulaient la neutraliser.

L'opposition ne portait pas tant sur le problème de savoir s'il fallait abandonner ou non le stare decisis (1) que de la nécessité d'inclure dans la loi d'abolition une référence explicite à cette règle. Loin d'être formelle, cette divergence d'appréciation recouvrait des questions de fond fondamentales. En effet, la référence explicite au stare decisis s'avérait, pour les défenseurs de la règle, une garantie de continuité jurisprudentielle en matière constitutionnelle. En revanche, une telle référence ne pouvait que soulever l'hostilité de ceux qui voulaient un renversement jurisprudentiel sous les auspices de la Cour Suprême.

Paragraphe 1 - Les défenseurs du respect du stare decisis par la Cour Suprême

En déposant un amendement stipulant une référence claire au stare decisis dans la loi d'abolition, les défenseurs du respect de ce dernier entendaient se prémunir contre tout "dérapage" jurisprudentiel de la Cour Suprême. De telles prémonitions n'avaient rien de hasardeux mais s'enracinaient dans des inquiétudes tangibles.

A - Les prémonitions des partisans du stare decisis

Développer "(...) une jurisprudence bien ordonnée" (2) n'était que le but apparent de ceux qui estimaient nécessaire d' "(...) inclure dans la loi une disposition portant que ce tribunal soit lié par les décisions rendues dans le passé (...) par le Conseil Privé" (3). En réalité, la signification

(1) LIVINGSTON W.S. : note qu' "il n'aurait pas été sage d'attendre de la Cour qu'elle abandonne immédiatement les principes acceptés du Comité Judiciaire (...)", ("Abolition of appeals from canadian courts to the Privy Council", op. cit., p. 111).

(2) Débats à la Chambre des Communes, 13 Geo VI 1949, Première session de la 21ème législature. L'honorable M. FLEMMING, p. 508.

(3) Ibid. supra, L'honorable M. GREEN, p. 293.

de cet amendement venait d'une crainte d'assister à plus ou moins long terme à un rejet de l'oeuvre jurisprudentielle du Comité Judiciaire par la Cour Suprême. Paradoxalement, notaient-ils, la raison d'être de l'amendement, c'était ses opposants qui l'énonçaient en déclarant qu' "en somme (...) de l'avis de ceux qui l'ont proposé, la Cour Suprême du Canada se départira probablement des décisions rendues par le Conseil Privé" (1). C'était bien là, en définitive, l'inquiétude qui inspirait les défenseurs du stare decisis à proposer un tel amendement.

Les assurances multiples (2) qui leur avaient été données par le ministre de la Justice ne les rassuraient pas totalement. Ce n'étaient que des promesses verbales. Or, ce qui les intriguait le plus, c'était le fait de refuser que de telles assurances soient traduites explicitement par écrit :

"On exprime le plus profond respect à l'égard du principe stare decisis, je le sais, déclarait l'honorable M. FULTON, et l'on nous donne les plus belles assurances que la Cour Suprême s'inspirera toujours de ce principe, toutefois, dès qu'il est question d'insérer en termes appropriés une disposition en ce sens dans la loi, les honorables vis-à-vis protestent que nous ne pouvons aller jusque là parce que ce serait exprimer de la méfiance à l'égard de la Cour Suprême du Canada" (3).

Aux yeux des partisans du stare decisis, l'introduction explicite de cette référence n'avait rien de suspicieux à l'endroit du tribunal suprême canadien. Ce n'était en tout état de cause qu'une précision préventive de nature à éviter des "(...) discussions douteuses après coup" (4). Deux événements allaient conforter ces derniers dans leurs craintes.

(1) L'honorable M. STEWART : Débats à la Chambre des Communes, 13 Geo VI 1949, Première session de la 21ème législature, p. 293.

(2) Le ministre de la justice, l'honorable M. GARSON déclarait : "le principe stare decisis (...) sera dûment observé par la Cour Suprême du Canada", (Débats à la Chambre des Communes, 13 Geo VI 1949, Première session de la 21ème législature, p. 512).

(3) Ibid. supra, p. 664.

(4) Ibid. supra, p. 669.

B - La justification des craintes des partisans du respect
du stare decisis

De telles craintes furent alimentées par deux faits divers fort révélateurs. Le premier concernait la résolution (1) votée par la très influente Association du Barreau Canadien qui s'était réunie dans la même année. Or, au cours de la réunion, le Président de l'association déclarait :

"(...) la règle stare decisis devrait continuer à s'appliquer à l'égard des décisions antérieures du Conseil Privé (...) Bien que la Cour Suprême ait coutume d'observer la règle stare decisis, elle n'est pas rigoureusement tenue de le faire. L'adoption par le Parlement d'une telle disposition sauvegarderait les droits des provinces et des minorités" (2).

Une telle invitation ne pouvait pas ne pas inciter les partisans du stare decisis à exiger l'insertion de la référence dans la loi d'abolition.

Le deuxième fait divers était une déclaration du Juge en chef de la Cour Suprême du Canada. Ce dernier n'avait-il pas avoué sans ambages que "(...) la jurisprudence établie par le Conseil Privé ne lie pas nécessairement les tribunaux canadiens" (3). On comprend qu'un aveu de la sorte ait pu émouvoir les partisans du stare decisis.

Paragraphe 2 - Les adversaires du respect du stare decisis par la Cour
Suprême

Le rejet de l'amendement par les tenants d'une recentralisation du partage des compétences s'expliquait aisément dans la mesure où les derniers ne voulaient s'embarrasser d'aucune règle, d'aucun carcan susceptible de gêner la Cour Suprême dans son approche jurisprudentielle du fédéralisme canadien.

(1) La résolution édictait dans un de ses paragraphes que "le principe stare decisis continue de s'appliquer aux décisions antérieures de la Cour, de même qu'à celles du Comité Judiciaire" (Ibid. supra, p. 196).

(2) Débats à la Chambre des Communes, 13 Geo VI 1969, Première session de la 21ème législature, p. 510.

(3) Ibid. supra, p. 293.

Le refus d'obliger explicitement la Cour Suprême à s'en tenir aux précédents judiciaires du Comité Juridique s'appuyait à la fois sur des raisons morales et juridiques. Ceux-ci invoquaient, en effet, l'argument de la confiance et celui de l'incompétence.

A - L'argument de la confiance -----

Voter l'amendement proposé aurait été une marque d'injuste défiance à l'endroit de la Cour Suprême :

"(...) il s'agit de savoir, déclarait le ministre de la Justice, si nous de la Chambre avons assez confiance dans la Cour Suprême du Canada comme tribunal de dernière instance pour reconnaître qu'elle a la compétence et la volonté d'appliquer les décisions du Conseil Privé, comme faisant partie intégrante de la loi du Canada" (1).

Dès lors, ou bien le tribunal canadien est digne de la confiance des députés et toute disposition relative au stare decisis devient par conséquent inutile. Ou bien cette confiance s'avère insuffisante et dans ce cas, il y a lieu de se demander si la Cour Suprême doit être maintenue comme institution nationale.

Pour le gouvernement fédéral, le choix était fait. L'honorable M. GARSON estimait, à cet égard, désobligeant de contraindre la Cour à se référer à cet amendement :

"Le gouvernement a assez confiance en la Cour Suprême, en nos citoyens et en nos hommes publics, pour s'en remettre à la Cour d'appliquer, conformément aux méthodes judiciaires appropriées, le principe stare decisis, ou toute autre loi bien établie au Canada, aux causes dont elle sera saisie" (2).

Au nom de cette confiance, il ne saurait, dès lors, être question de lier la Cour à une obligation formelle de se soumettre au stare decisis. Pour arguer de leur bonne foi et rassurer les indécis, les amis du ministre de la Justice se répandirent en assurances répétées : "Je soutiens, déclarait

(1) Ibid. supra, p. 512.

(2) Ibid. supra, p. 513-514.

solennellement le sénateur M. FARRIS, à l'instar de la plupart des juristes avec qui j'en ai discuté, que le principe dit *stare decisis* gardera toute la force qu'il avait" (1).

Et puis, ajoutaient les adversaires de l'amendement, pourquoi la Cour Suprême devrait-elle être liée au *stare decisis* alors que le Comité Judiciaire ne l'était pas ? (2). Obliger de la sorte le tribunal canadien "(...) constituerait un changement radical dans les pouvoirs du tribunal de dernier ressort" (3). Ce point de vue rejoignait en l'occurrence celui de la doctrine (4).

A l'appui de leur thèse, les opposants à l'amendement soulevaient un argument d'incompétence.

B - L'argument d'incompétence

Le Parlement avait-il la compétence de dire à la Cour Suprême comment elle devrait appliquer le droit ? Non, répondait le ministre de la Justice : si le Parlement a tout pouvoir de légiférer, en vertu de l'article 101 de l'A.A.N.B. de 1867, quant à la procédure ou l'organisation de la Cour Suprême, il outrepasserait sa compétence en imposant à celle-ci l'amendement soumis à discussion :

"(...) Ce serait, estimait le ministre de la Justice, manifestement empiéter sur la compétence des provinces et dépasser les

(1) Ibid. *supra*, p. 164.

(2) Dans les arrêts *TOOTH v. POWER* (1891) A.C. 284, p. 292 et *CASGRAIN V. ATLANTIC & NORTHWEST RYL.* (1895) A.C. 282, p. 300, le Conseil Privé estimait qu'il ne se considérait pas lié par ses propres décisions en matières constitutionnelles.

(3) L'honorable M. BOUFFARD, Débats Sénat du Canada, Première session de la 21^{ème} législature. Bill concernant la Cour Suprême, p. 142.

(4) Cf. - EATON W. : "Canadian judicial review and the federal distribution of power", *op. cit.*, p. 65.

- LIVINGSTON W.S. : "Abolition of appeals from canadian courts to the Privy Council", *op. cit.*, p. 111.

FRIEDMANN W. remarque toutefois que "(...) si le Conseil Privé n'était pas, en effet, formellement lié par ses propres décisions antérieures, (...) il les a habituellement suivies et adhéré à la doctrine du *stare decisis* même dans les matières constitutionnelles", ("*Stare decisis at common law and under the civil code of Quebec*", *op. cit.*, p. 726-727).

cadres de notre propre compétence que d'inclure dans la loi une disposition portant que la Cour est liée par les décisions rendues par le Conseil Privé (...) (1).

Toute initiative du Parlement en ce domaine n'aurait de raisons d'être, le principe du *stare decisis* est partie intégrante du droit canadien et la Cour Suprême ne peut l'ignorer. Dans de telles circonstances, il revient à celle-ci et à elle seule d'appliquer le droit (2).

Par ailleurs, au-delà de cet argument d'incompétence, certains hommes politiques étaient d'avis que l'institutionnalisation de la règle du *stare decisis* était de nature à brider la liberté jurisprudentielle de la Cour. De fait, convenait-il, selon eux, de "(...) laisser toute liberté d'action à notre tribunal, dans la certitude qu'il tiendra un juste compte des décisions antérieures (...) (3).

A cet égard, la volonté des adversaires de l'amendement de laisser à la Cour Suprême "(...) le soin de décider de la loi qui s'applique (...) (4) n'était évidemment pas sans arrières pensées. Il s'agissait, avant tout, en rejetant l'amendement, de préserver toute initiative jurisprudentielle future de la Cour. Ainsi, sur le plan juridique, l'obstacle du *stare decisis* sur la voie de l'indépendance jurisprudentielle de la Cour était contourné. Ainsi l'éventualité d'un revirement centralisateur de la jurisprudence de la Cour Suprême se trouvait-elle sauvegardée.

Une telle éventualité s'avérait d'autant plus crédible que divers éléments militaient en faveur de l'indépendance jurisprudentielle du tribunal suprême canadien.

(1) Débats Chambre des Communes, 13 Geo VI 1949, Première session de la 21^{ème} législature, L'honorable M. GARSON, p. 513.

(2) Ibid. supra, p. 514-515.

(3) Ibid. supra, l'honorable M. COLDWELL, p. 668.

(4) Ibid. supra, l'honorable P.H. BOUFFARD, p. 141.

CHAPITRE II : LES ELEMENTS FAVORABLES A UNE REELLE INDEPENDANCE JURISPRUDENTIELLE DE LA COUR SUPREME

En 1949, deux éléments étaient de nature à permettre à la Cour Suprême de se démarquer de la jurisprudence décentralisatrice du Comité Judiciaire. L'un, d'ordre juridique avait trait au caractère fortement centralisateur de l'outil constitutionnel de l'A.A.N.B. de 1867. L'autre, d'ordre politique, se rapportait à l'effet des pesanteurs centralisatrices de divers milieux canadiens.

SECTION I - LES POTENTIALITES CENTRALISATRICES DE L'OUTIL CONSTITUTIONNEL DE 1867

Pour beaucoup de juristes, la bible constitutionnelle de la Cour Suprême est "(...) un document peu intéressant" (1) et ne brille pas, il faut l'avouer, ni par sa concision ni par sa clarté (2). Composé de 147 articles rédigés en termes généraux (3), l'A.A.N.B. de 1867 est perçu par d'aucuns comme un des textes constitutionnels "(...) le plus épais et peut-être le plus confus qu'il soit" (4). Sans s'arrêter sur les conséquences du caractère imprécis des dispositions de la constitution canadienne (5), il y a lieu de souligner son essence d'origine fédérale indiquée par le préambule :

"Considérant que les provinces du Canada, de la Nouvelle Ecosse et du Nouveau Brunswick ont exprimé le désir de se fédérer en un dominion (...)" (6).

Les circonstances qui ont vu naître la Confédération comme les objectifs des Pères fondateurs de 1867 ne laissent, toutefois, aucun doute sur le caractère centralisé de la constitution canadienne. A la réflexion, nombre d'auteurs tombent d'accord pour dissocier le fédéralisme canadien

(1) SKELTON D.O. : "Comité d'enquête sur l'Acte de l'Amérique du Nord britannique", Procès-verbaux, témoignages, rapports, Ottawa 1935, p. 29.

(2) McWHINNEY E. : l'auteur qualifie l'A.A.N.B. de 1867 d' "(...) inhabituellement prolixe (...) et donnant, par moment dans le verbiage excessif et le manque d'éclat", ("Pluralistic federalism in Canada", op. cit., p. 26).

(3) Cf. HOPKINS E.R. : "Confederation at the crossroads - the canadian constitution", op. cit., p. 222.

(4) BROSSARD J. : "The supreme court and the constitution", in "Le Québec dans le Canada de demain", Ontario Advisory Committee on Confederation, 1967, p. 1.

(5) Pour certains auteurs, la souplesse de la constitution canadienne réside dans ses termes qui "(...) ont une qualité lamidaire de généralité permettant de donner continuellement à la constitution un nouveau contenu et une nouvelle signification", (McWHINNEY E. : "Federalism, constitutionalism and legal change : legal implications of the "Revolution" in Quebec", op. cit., p. 159).

cf. id. LEDERMAN W.R. : "Unity and diversity in canadian federalism : ideals and methods of moderation", op. cit., p. 617.

(6) Préambule de l'A.A.N.B. de 1867.

du fédéralisme classique (1). Ainsi certains préfèrent-ils parler de "quasi-fédération" (2) tandis que d'autres qualifient l'expérience constitutionnelle canadienne de "(...) quasi-unitarisme plutôt que de fédéralisme au sens classique du terme" (3).

C'est dire combien le fédéralisme de Sir J.A. MacDONALD n'est pas un fédéralisme comme les autres. "D'un type très spécial (...)" (4), il juxtapose des éléments fédéraux et des éléments unitaires. Ainsi, en permettant l'expression d'une souveraineté à chaque palier de gouvernement, la constitution de 1867 demeure-t-elle un régime fédératif. De ce point de vue, nous pouvons dire avec WHEARE que le principe fédéral n'est pas totalement exclu de l'Acte confédératif mais qu' "(...) il y prend une place et une place importance" (5). Par ailleurs, cependant, l'absence de certains attributs importants du fédéralisme (juste répartition des compétences, indépendance d'un arbitre constitutionnel) masque mal certains traits unitaires du régime. Il est toujours délicat d'apprécier à leur juste mesure l'importance de ces deux éléments. De fait, des auteurs comme SCOTT restent dans l'expectative :

"(...) il n'est pas facile de déterminer (...) s'il faut considérer le Canada comme un Etat foncièrement unitaire bien que fédéral par certains côtés ou, au contraire, comme un Etat essentiellement fédéral présentant certains caractères unitaires" (6).

(1) Un régime fédéral se définit par quatre caractéristiques. Il doit posséder tout d'abord une constitution écrite qui divise les compétences entre les deux ordres de gouvernement. Il doit garantir une indépendance réelle à chaque niveau et un arbitre constitutionnel indépendant. Enfin, la constitution doit renfermer une procédure d'amendement. (cf. ROWAT D.C. : "The constitution and the federalism", op. cit., p. 75-76).

Pour BONENFANT J.C., un fédéralisme authentique "(...) exige que se côtoient deux souverainetés avec le jeu alternatif des principes de participation et d'autonomie (...)", ("La Cour Suprême et le partage des compétences", op. cit., p. 21).

(2) BROSSARD J. : "La Cour Suprême et la constitution - le forum constitutionnel du Canada", op. cit., p. 169.

(3) BROSSARD J. : "La révolution fédéraliste", op. cit., p. 1.

(4) SCOTT F.R. : "The special nature of canadian federalism", op. cit., p. 19.

(5) WHEARE K.L. : "Federal government", Oxford University Press, London, 1953, 3 ed, p. 20.

(6) SCOTT F.R. : "Une étude du fédéralisme canadien", op. cit., p. 74.

D'aucuns ont voulu faire la distinction entre le caractère non fédéral de la constitution et le caractère fédéral du gouvernement (1). Une telle vue ne saurait éluder le caractère centralisé de l'A.A.N.B. de 1867 qui l'éloigne à bien des égards du critère accepté du fédéralisme (2). Ainsi, en raison du système constitutionnel fortement unitaire conçu par les constituants canadiens, il n'est pas surprenant que l'A.A.N.B. "(...) n'ait pas doté le Canada d'une constitution strictement fédérale (...)" (3).

Cette dimension centralisatrice de la constitution canadienne transparaît clairement dans l'analyse du partage des compétences entre les deux ordres de gouvernement.

Paragraphe 1 - La répartition du partage des compétences

Si peu de fédérations respectent complètement les principes du fédéralisme, "(...) aucune ne les viole avec la même importance que le Canada" (4) dans le domaine de la répartition des compétences. De fait, l'examen des articles 91 et 92 de l'A.A.N.B. de 1867 éclaire de toute évidence la prééminence du gouvernement fédéral sur les provinces canadiennes.

A - La prééminence fédérale de l'article 91

Les constituants canadiens ont confié au Parlement fédéral deux pouvoirs constitutionnels formidablement centralisateurs. L'un a trait au pouvoir résiduaire tandis que l'autre concerne le pouvoir déclaratoire.

(1) Cf. WHEARE K.D. : "Federal government", op. cit., p. 21 : "(...) bien que le Canada n'ait pas de constitution fédérale, il a un gouvernement fédéral". Cf. id. WAGNER W.J. : "The federal states and their judiciary - a comparative study in constitutional law and organization of courts in federal states", op. cit., p. 61.

(2) Pour GIBSON, "(...) la constitution canadienne n'est pas conformément fédérale en nature" ("Constitutional law - federalizing the judiciary", R.B.C. 1966, vol. 44, p. 674).

cf. id. : MALLORY J.R. : "The B.N.A. Act : constitutional adaptation and social change", R.J.T. 1967, p. 129.

SCOTT F.R. : "The special nature of canadian federalism", op. cit., p. 22.

(3) ROWAT D.C. : "The constitution and the federalism", op. cit., p. 74.

(4) BROSSARD J. : "The supreme court and the constitution", op. cit., p. 4.

Le pouvoir résiduaire (ou pouvoir général) de légiférer relève de la première partie du premier alinéa de l'article 91 :

"Il est loisible à la Reine, sur l'avis et l'assentiment du Sénat et de la Chambre des Communes, de légiférer en vue de la paix, de l'ordre et de la bonne administration du Canada, sur toute matière ne rentrant pas dans les catégories de sujets que la présente loi attribue de façon exclusive aux législatures des provinces (...)"

Un tel pouvoir signifie ainsi qu'au-delà des compétences explicitement attribuées aux législatures provinciales, le reste du champ législatif tombe sous l'autorité du gouvernement central.

La deuxième partie de l'alinéa de l'article 91 attribue un pouvoir déclaratoire au gouvernement fédéral sous les termes suivants :

"(...) pour mieux préciser, sans la restreindre, la portée générale des termes présentés du présent article, il est déclaré que nonobstant toute disposition de la présente loi, le Parlement du Canada possède le pouvoir exclusif de légiférer sur toute matière rentrant dans les catégories de sujets ci-après énumérés" (1).

De telles dispositions consacrent, par conséquent, la prépondérance des autorités fédérales sur des matières relevant de la compétence

(1) Le pouvoir déclaratoire du Parlement fédéral se matérialise dans l'alinéa 29 de l'article 91 :

"Les catégories de sujets exclues de façon expresse de l'énumération des catégories de sujets que la présente loi attribue de façon exclusive aux législatures des provinces"

et dans l'alinéa 10(c) de l'article 92 :

"les ouvrages qui, bien qu'entièrement situés dans la province, sont avant ou après leur exécution, déclarés par le Parlement du Canada être à l'avantage du Canada entier ou de deux ou plusieurs provinces".

cf. LAJOIE A. : l'auteur assimile le pouvoir déclaratoire à un "(...) dispositif de modification des champs de compétence (permettant) uniquement l'ajustement du partage des compétences à des réalités nouvelles (...)"

("Le pouvoir déclaratoire du Parlement", Presses de l'Université de Montréal, 1969, p. 110).

exclusive des provinces (1). D'autres théories d'interprétation (2) sont venues, par ailleurs, consolider la primauté fédérale dans l'affectation des compétences.

B - La compétence résiduelle provinciale de l'article 92

Aux termes de l'article 92, il est dévolu aux provinces canadiennes le pouvoir de légiférer "(...) de façon générale (sur) toutes les matières qui, dans la province, sont d'une nature purement locale ou privée" (3).

La compétence provinciale s'exerce, dès lors, exclusivement sur des matières spécifiquement énumérées. Ainsi, les constituants de 1867 ont-ils voulu cantonner les provinces dans des prérogatives strictes et par conséquent résiduelles.

(1) La prépondérance du Parlement fédéral s'exerce, en particulier, sur les lois relatives à la propriété et aux droits civils aux termes de l'article 94 : "(...) le Parlement du Canada peut décréter l'uniformité de toutes ou de quelques unes des lois des lois relatives à la propriété et aux droits civils". La prépondérance dans sa définition générale était décrite par le juge RAND en ces termes : "Certaines matières, d'intérêt local et privé, ont été remises à la compétence exclusive des provinces alors créées, mais l'exercice de cette compétence est subordonné à l'autorité exclusive et prépondérante reconnue et accordée au Dominion en termes précis" (MURPHY v. le Canadien Pacifique R. et al. (1968) R.C.S. 626, p. 640).

(2) Par la théorie des pouvoirs ancillaires (ou de la compétence implicite), le Parlement fédéral peut compléter une loi pour laquelle il a juridiction en empiétant sur les prérogatives provinciales. Basée sur l'idée selon laquelle l'accessoire suit le principal, cette théorie a pour effet de valider ainsi une disposition fédérale bien que celle-ci tombe dans le champ exclusif de la compétence provinciale.

En vertu de la théorie du champ inoccupé, le Parlement fédéral peut très bien ne pas légiférer dans des matières relevant de la compétence provinciale. Le champ est, dès lors, libre à celle-ci. Toutefois, il ne l'est que provisoirement. En effet, si le Parlement advenait à légiférer ultérieurement, la législation provinciale pourrait devenir inopérante.

(3) C'est en donnant une interprétation large à l'alinéa 13, "la propriété et les droits civils dans la province", de l'article 92, que le Comité Judiciaire avait pu limiter l'autorité législative du Parlement fédéral.

Paragraphe 2 - La valeur du partage des compétences

La répartition des compétences dans l'Acte Confédératif est un modèle de déviance constitutionnelle en matière de fédéralisme. En effet dans la plupart des régimes fédéraux, les pouvoirs du gouvernement central sont énumérés tandis que les provinces ou Etats fédérés ont compétence pleine et entière sur toutes les autres matières qui n'ont pas été confiées au gouvernement fédéral. Dans le contexte constitutionnel canadien, ce principe sacro-saint du fédéralisme est radicalement renversé :

"Au Canada, une matière non visée par la constitution est non pas dans la compétence des Etats membres mais bien dans la compétence fédérale facultative" (1).

De ce fait, la compétence facultative n'appartient pas en principe aux provinces fédérées, mais à l'Etat central. Encadrée par la compétence générale de celui-ci, les droits provinciaux sont confinés dans une énumération strictement limitative.

Le renversement de ce principe de base du fédéralisme témoigne ainsi du caractère centralisé de la répartition des compétences entre l'Etat fédéral et les provinces.

A - Un partage centralisé des compétences

Le partage centralisé des compétences opéré par les articles 91 et 92 n'est que le reflet fidèle du déséquilibre, provoqué par les constituants de 1867, de la structure constitutionnelle canadienne en faveur du gouvernement fédéral (2). Des leviers centralisateurs à l'instar du pouvoir

(1) DURAND C. : "L'Etat fédéral en droit positif", in "Le Fédéralisme", Presses Universitaires de France, Paris, 1956, p. 184.
 cf. Id. : LE FUR L. : "Etat fédéral et confédération d'Etats", Paris, 1896, p. 269.
 id. : BRACHET B. : "La crise du fédéralisme canadien et le problème québécois", R.D.P.S.P., 1972, vol. 88, p. 308.

(2) Cf. CHEFFINS R.I. : "Les articles 91 et 92 justifient l'affirmation que leur intention première était de créer une nation avec un gouvernement central fort et une autorité provinciale relativement faible", ("The constitutional process in Canada", Toronto, McGraw Hill, 1969, p. 129).
 cf. id. BLACHE P. : "La doctrine du champ occupé se porte-t-elle mal ?" R.J.T., 1967, p. 39.

résiduaire ou du pouvoir déclaratoire ne sont pas simplement "(...) un accroissement inacceptable à la théorie du fédéralisme(...)" (1) mais en sont la per-version même. Une centralisation aussi poussée du partage des compétences ne pouvait que déboucher sur "(...) un régime où le Parlement fédéral serait l'autorité dominante" (2).

Un tel unitarisme dans l'affectation des compétences entre les deux ordres de gouvernement n'était pas sans conséquences dangereuses pour l'autonomie des provinces.

B - Un partage dangereux des compétences

L'échafaudage constitutionnel en matière de répartition des pouvoirs législatifs ne pouvait être que source de conflits. De fait, dans les années suivant la création de la Confédération, il était inéluctable que "(...) le pouvoir général du gouvernement central (...) se développerait d'une telle façon à empiéter sur les pouvoirs assignés aux provinces par l'article 92 de l'A.A.N.B. de 1867" (3).

De fait, la clause exorbitante relative à la "paix, l'ordre et bon gouvernement" comme l'usage éminemment discrétionnaire du pouvoir déclaratoire s'avéraient autant de menaces sur les prérogatives provinciales. De telles menaces apparaissent réellement dangereuses dans la mesure où des termes comme "paix, ordre et bon gouvernement" ou "ouvrages" sont imprécis et peuvent, dès lors, ouvrir à une extension démesurée. A la rigueur extrême, la compétence fédérale ne connaîtrait pas de limites :

"La constitution de 1867 est susceptible de se prêter à une expansion presque indéfinie de la compétence fédérale (...) par la pratique ou l'usage plus abondant par le pouvoir fédéral de compétences qui lui sont déjà reconnues" (4).

(1) BEAUDOIN G.A. : "La crise constitutionnelle canadienne", Le Devoir, 20 août 1977, p. 5.

(2) Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des Communes sur la constitution du Canada. Rapport final, 4ème session, 28ème législature, 1972, p. 43.

(3) ROWAT D.C. : "The constitution and the federalism", op. cit., p. 76.

(4) BEETZ J. : "Les attitudes changeantes du Québec à l'endroit de la constitution de 1867", op. cit., p. 131, cf. aussi, p. 132.
cf. ibid. : BROSSARD J. : l'auteur souligne le danger des "(...) compétences générales et indéfiniment extensibles du pouvoir central". ("Fédéralisme et statut particulier", in Mélanges L. BAUDOUIN, "Problèmes de Droit contemporain", Presses de L'université Laval, 1974, p. 434).

Depuis 1867, cet arsenal constitutionnel formidablement centralisateur est demeuré intact et constitue toujours une menace potentielle d'absorption des prérogatives provinciales. Si la fermeté jurisprudentielle du Comité Judiciaire a su avec vigilance et constance lutter contre l'impérialisme législatif du Parlement fédéral, qu'en serait-il désormais avec la Cour Suprême du Canada ?

N'y avait-il pas lieu de craindre que le nouveau tribunal général d'appel manque de discernement dans l'interprétation et dans l'utilisation d'un outil constitutionnel aussi difficile à manier ?

De telles inquiétudes, à vrai dire, n'étaient pas mal fondées. Beaucoup redoutaient, en effet, que la Cour Suprême, cédant aux pressions centralisatrices du milieu politique, fasse preuve désormais de laxisme jurisprudentiel dans la défense de l'autonomie des provinces.

SECTION II - LES PRESSIONS CENTRALISATRICES DU MILIEU POLITIQUE

Depuis 1949, la Cour Suprême du Canada a été l'objet d'un formidable matraquage psychologique dont le but, inavoué, était de la détacher de l'héritage jurisprudentiel du Comité Judiciaire. De telles pressions, exercées par les milieux politiques et doctrinaux, avaient pour finalité de convaincre le tribunal canadien de la nécessité d'une réorientation centralisatrice du fédéralisme canadien.

Cette tentative de manipulation de la Cour Suprême s'appuyait sur une double démonstration. La première consistait à justifier une recentralisation jurisprudentielle au nom des impératifs économiques ; la deuxième tendait à déconsidérer la règle du stare decisis.

Paragraphe 1 - La justification des impératifs économiques

Le rôle des facteurs économiques dans l'évolution du fédéralisme canadien s'est toujours révélé décisif. En justifiant une centralisation des compétences par des nécessités économiques, les centralisateurs de 1949 n'innovaient en rien. Ils ne faisaient que recourir aux mêmes arguments économiques déployés par les constituants de 1867.

A - L'impact de l'économie sur l'élaboration constitutionnelle de 1867

Les hommes politiques de la Confédération qui étaient bien plus "(...) des hommes d'affaires que des juristes (...)" (1) avaient pleinement conscience que la puissance d'une nation se fondait avant tout dans la force de son économie. En 1867, le Canada était un pays immense recélant de fabuleuses richesses qui ne demandaient qu'à être exploitées. En raison, toutefois, du morcellement trop marqué du territoire canadien, une telle exploitation s'avérait difficile sinon vaine. De fait, la dispersion du potentiel économique à travers l'ensemble des provinces canadiennes n'était pas de nature à favoriser un développement cohérent des ressources du pays. Dès lors, la création de la Confédération répondait à des objectifs avant tout économiques :

(1) PREVOST J. P. : "La crise du fédéralisme canadien", Paris, Presses Universitaires de France, 1972, p. 7.

"Le dominion du Canada fut fondé principalement parce qu'aucune des quatre provinces qui entrèrent au début dans la Confédération n'avait à sa disposition les ressources requises pour exploiter ou mettre en valeur la riche moitié de continent jusqu'au nord des Etats-Unis" (1).

Dès lors, il s'agissait, pour les constituants canadiens, de mettre sur pied une structure constitutionnelle suffisamment stable et centralisée susceptible de résoudre de tels problèmes économiques. La justification du projet confédératif résidait ainsi dans la volonté de créer une économie centralisée capable de résister aux forces grandissantes des Etats-Unis (2). Une constitution centralisée, à l'instar de l'A.A.N.B. devenait, par conséquent, un instrument politique majeur pour organiser l'activité économique du pays sous l'autorité du gouvernement fédéral. Conscients qu' "(...) en 1867 une unité économique vaudrait l'unité politique" (3), les Pères de la Confédération admettaient difficilement de confier l'avenir économique du Dominion au bon vouloir des provinces. Une tâche de cette ampleur incomrait nécessairement au gouvernement du pays. D'aucuns pressentaient, à cet égard, que "(...) le développement économique canadien paraissait exiger une forte autorité centrale" (4).

Toute l'élaboration de l'A.A.N.B. de 1867 découlait, ainsi, de la constatation faite par les constituants canadiens selon laquelle "(...) pendant une crise économique, l'importance d'une direction centrale forte (...) " (5) s'imposait. La fondation de la Confédération se résumait, somme toute, à la mise en place d'un cadre constitutionnel favorable au développement économique du Dominion. En centralisant les pouvoirs de décision, l'armature constitutionnelle de 1867 permettait, dès lors, un développement économique de l'ensemble du Dominion (6). Par une réduction extrême des prérogatives provinciales, les constituants canadiens prévenaient, ainsi, tout risque de dilution du pouvoir économique entre les provinces :

(1) SPIRO H. J. : "Government by constitution : the political systems of democracy", op. cit., p. 134.

(2) cf. BARBEAU A. : "Le droit constitutionnel canadien", op. cit., p. 25.

(3) SCOTT F.R. : "Canadian federalism : the legal perspective", op. cit., p. 267.

(4) AIYAR S.P. : "Federalism and social change - a study in quasi-federalism", op. cit., p. 107.

(5) JOHNSON A.W. : "The dynamics of federalism in Canada", C.J.P.S., 1968, vol. 1, p. 20.

(6) SCOTT F.R. estime que l'établissement de l'A.A.N.B. de 1867 procédait du désir de "(...) permettre aux hommes d'affaires et aux entrepreneurs d'aller de l'avant avec leurs plans de développement sous l'autorité du gouvernement central" ("Canadian federalism : the legal perspective", op. cit., p. 267).

"Ainsi, l'Acte de l'Amérique du Nord britannique apparaît-il comme ayant érigé (...) une autorité centrale sur la vie économique du Canada et comme nous ayant protégés contre quelque réapparition de l'autonomie provinciale en matière économique qui avait tellement étouffé le progrès et le développement parmi les colonies de la pré-Confédération" (1).

De par ses dispositions centralisées, l'Acte de 1867 avait été, par conséquent, conçu pour donner au gouvernement fédéral de grands pouvoirs dans le domaine économique. En encadrant strictement ces prérogatives fédérales, le Comité Judiciaire s'était attiré de nombreux ennemis et fournissait à ses détracteurs des arguments convaincants pour amorcer un resserrement des compétences dans les mains de l'autorité centrale.

De fait, la situation économique qui prévalait en 1949 devait alimenter, dans une large mesure, le mouvement en faveur d'une réorientation centralisée du fédéralisme canadien.

B - L'utilisation des considérations économiques en faveur d'une centralisation du fédéralisme canadien en 1949

L'essor du mouvement centralisateur au lendemain de la deuxième guerre mondiale est imputable, pour une bonne part, au marasme économique qui régnait à cette époque. Le niveau de dégradation de l'activité économique du pays exigeait une nécessaire prise en charge par le gouvernement fédéral de nombreux secteurs de la vie nationale. L'éclatement du deuxième conflit mondial permettait ainsi aux autorités fédérales d'accroître leurs pouvoirs au détriment des provinces (2). Un tel phénomène n'avait rien de surprenant dans la mesure où l'extension des compétences fédérales relevait essentiellement "(...) des exigences du gouvernement de guerre (...)" (3).

(1) SCOTT F.R. : "Centralization and decentralization in Canadian federalism", op. cit., p. 1102.

(2) MALLORY J.R. : "(...) le gouvernement fédéral eut la possibilité d'utiliser les pouvoirs d'urgence implicitement prévus par la constitution pour prendre toutes les mesures requises, et le pays devint, pendant toute la durée de la guerre, un Etat unitaire", ("Le système constitutionnel canadien", op. cit., p. 110).

(3) Ibid. supra, p. 109.

Certes, si des empiètements fédéraux sur les compétences des provinces se justifiaient en temps de guerre, leur répétition risquait d'entraîner des conséquences fâcheuses, une fois la paix revenue. De fait, d'aucuns escomptaient que les autorités fédérales perpétuent de tels empiètements que la situation économique ne justifiait plus. L'éventualité d'une crise économique ou d'un conflit furent, dès lors, autant de "(...) prétextes au gouvernement central pour garder les positions acquises, et même pour en conquérir d'autres aux dépens des provinces" (1).

Pour les centralisateurs, la légitimité d'action du gouvernement d'Ottawa ne pouvait être mise en doute. Ces derniers, il est vrai, avaient beau jeu de rappeler la complexité croissante de la vie économique d'un Etat comme le Canada "(...) dont la solution implique une énorme augmentation de la puissance de l'Etat (...)" (2). Par ailleurs, le rôle expansionniste joué par les autorités fédérales dans le domaine économique ne faisait que pallier, selon eux, l'incapacité des provinces à prendre des mesures efficaces en la matière (3).

Bien vite toutefois, les prétendus impératifs sociaux et économiques n'étaient que des alibis dont le gouvernement fédéral voulait se servir pour invoquer une centralisation accrue de ses compétences. A cet égard, les espoirs des milieux fédéraux risquaient d'être comblés. Débarrassé d'un Comité Judiciaire résolument hostile à son interventionnisme trop suspect dans les affaires économiques, le gouvernement d'Ottawa pouvait trouver auprès de la Cour Suprême du Canada une écoute plus complaisante.

En se réclamant des nécessités économiques, les doléances centralisatrices des milieux fédéraux n'avaient-elles pas toute chance d'être entendues par le tribunal canadien ? De fait, les intérêts des provinces avaient bien peu de poids face aux exigences du développement économique. Au nom de ce dernier, il y avait fort à parier que les sirènes centralisatrices n'arrivent à séduire la Cour Suprême sur la nécessité d'un élargissement des pouvoirs fédéraux.

(1) Commission Royale d'enquête sur les problèmes constitutionnels. (Rapport TREMBLAY) 1956, vol. 2, p. 168.

(2) BEETZ J. : "Les attitudes changeantes du Québec à l'endroit de la constitution de 1867", op. cit., p. 134.

(3) BLACK E.R. & CAIRNS A.C. : "L'inefficacité des gouvernements provinciaux durant les années de la dépression contrastait à un tel point avec l'efficacité du gouvernement fédéral durant les années de guerre qu'elle servit à justifier le rôle majeur joué par Ottawa", ("Le fédéralisme canadien : une nouvelle perspective", in "Le système politique du Canada" (Sabourin), 1968, p. 55.)

Paragraphe 2 - La déconsidération de la règle du stare decisis

Les pressions centralisatrices sur la Cour Suprême du Canada se sont cristallisées, en outre, depuis l'abolition des appels au Comité Judiciaire autour de la règle du stare decisis. Lors des débats de 1949, les centralisateurs avaient réussi, non sans peine, à écarter toute insertion explicite du stare decisis dans la loi d'abolition. S'ils avaient évité le pire, il leur importait désormais d'en minimiser la portée sur le plan jurisprudentiel.

C'est pourquoi, assiste-t-on, depuis l'éviction du tribunal londonien, à une campagne de grande envergure centrée sur la critique sinon sur une déconsidération du stare decisis. A travers cette levée de boucliers contre la règle du précédent judiciaire, les milieux favorables à une réorientation centralisatrice du partage des compétences lançaient deux appels à la Cour Suprême.

D'un côté, d'aucuns appellent le tribunal canadien à se découvrir une identité jurisprudentielle propre face au Comité Judiciaire. D'un autre côté, nombreux sont ceux qui appellent la Cour Suprême à adopter le fédéralisme canadien aux nouvelles conditions politiques et économiques.

A - L'appel à une identité jurisprudentielle de la Cour Suprême

Vouloir convaincre la Cour Suprême du Canada de la nécessité d'une identité jurisprudentielle propre n'a, à tout le moins, rien d'un prêche innocent. Un appel de la sorte, au contraire, recouvre bien des sous-entendus suspects. De fait, en incitant la Cour à prendre ses distances vis-à-vis de la jurisprudence du Comité Judiciaire, d'aucuns escomptent un rejet de l'héritage jurisprudentiel de ce dernier. Déconsidérer la règle du stare decisis, c'est, dès lors, dans leur raisonnement, se donner les moyens pour neutraliser la jurisprudence décentralisatrice du Comité londonien.

Il serait toutefois exagéré d'affirmer que les milieux doctrinaux sont unanimement opposés au stare decisis. Certains modèrent leur appréciation en estimant que "le principe du stare decisis n'est pas si rigide que

ses critiques quelquefois le supposaient" (1). Il n'est pas jusqu'au professeur RUSSELL pour lui trouver des avantages :

"(...) le réel effet de l'application du stare decisis n'est pas de geler la loi de la constitution dans un moule fixe mais de limiter le degré de discrétion ouvert au judiciaire" (2).

Cependant, dès lors qu'il s'agit d'apprécier les liens entre la Cour Suprême et le stare decisis, l'unanimité doctrinale se refait : la Cour ne se doit plus de considérer le stare decisis comme une règle immuable et fatalement coercitive.

Pour beaucoup, l'abolition des appels au Comité Judiciaire a consacré une rupture suffisamment nette pour que la Cour Suprême se sente "(...) maintenant libre d'adopter ses propres critères de conduite judiciaire (...)" (3). Dès 1951 en effet, le professeur LASKIN invitait le tribunal canadien à "(...) développer sa propre personnalité" (4) C'était, à ses yeux, la condition de base d'une véritable indépendance jurisprudentielle :

"Il est difficilement croyable, estimait-il, que la Cour Suprême va essayer de marcher dans l'ombre du Conseil Privé (...) Une telle Cour de dernier ressort serait simplement un "zombie" judiciaire dépourvu d'âme et de caractère" (5).

(1) WHITEHEAD G.R.B. : "The supreme court of Canada and the stare decisis doctrine", C.L.J. 1967, vol. 15, p. 151.

- LEDERMAN W.R. estime, de son côté, que la doctrine du précédent "(...) est un instrument d'ajustement réellement flexible si elle est contrôlée par un sens imaginatif de l'histoire (...)", ("Thought on reform of the supreme court of Canada", A.L.R. 1970, vol. 8, p. 7).

cf. id. - JENNINGS W.I. : "Constitutional interpretation - the experience of Canada", H.L.R., 1937, vol. 51, p. 38.

- WEILER P.C. : "In the last resort - a critical study of the supreme court of Canada", Toronto, Carswell Methuen 1974, p. 43-44.

(2) RUSSELL P.H. : "Leading constitutional decisions ; cases on the BNA Act", McClelland and Stewart, Toronto, 1973, 2ème éd., p. 21.

(3) LASKIN B. : "The supreme court of Canada : a final court of and for Canadians", op. cit., p. 1074-75.

STROYER B.L. considère de son côté qu'" (...) avec son nouveau statut de cour finale d'appel, la Cour Suprême devrait avoir la liberté de réviser son attitude envers le stare decisis", ("Judicial review of legislation in Canada", Toronto, University of Toronto Press, 1968, p. 27);

(4) LASKIN B. : "The supreme court of Canada : a final court of and for Canadians", op. cit., p. 1075.

(5) Ibid. supra, p. 1057.

Depuis 1949, l'indépendance judiciaire de la Cour Suprême ne saurait, dès lors, s'accomoder d'une soumission stricte à la jurisprudence établie par le Comité Judiciaire (1). Un tel état serait inacceptable et les conseils prodigués à la Cour ont souvent eu des allures d'admonestations : la Cour Suprême du Canada, s'écrient les uns, doit "(...) rester la maîtresse de ses propres critères de conduite judiciaire" (2) ; pour les autres, toute hésitation en la matière n'est plus permise car "le temps est venu pour la Cour Suprême de secouer les fers branlants du stare decisis" (3).

D'autres auteurs ont la franchise d'aller plus loin en estimant que l'oeuvre jurisprudentielle du Comité Judiciaire ne doit pas être prise en considération par la Cour : ainsi, pour MacDONALD, "(...) la Cour Suprême n'est plus liée pour adopter les déclarations du Conseil Privé comme les prémisses de son propre raisonnement (...)" (4). En des termes plus explicites, le juge HALL est d'avis que désormais la haute instance judiciaire canadienne "(...) n'est plus maintenant liée rigidement par cette doctrine et la voie est ouverte pour s'écarter des décisions antérieures" (5).

Dès lors, pour ces derniers l'abandon, du moins "(...) l'assouplissement radical de la règle du stare decisis (...)" (6) ne consomme pas seulement la rupture institutionnelle de 1949 mais encore la remise en cause du legs jurisprudentiel londonien. C'est naturellement dans le domaine constitutionnel que l'abandon du stare decisis pourrait entraîner des modifications sensibles quant au partage des compétences. Il n'est pas, par conséquent,

(1) KENNEDY G.D. estime que "(...) dans cette nouvelle ère d'indépendance judiciaire (...) nous prenions nos propres décisions en tant que Canadiens", ("Supreme court of Canada - stare decisis - role of Canada's final court - insatisfactory nature of reasons for judgment", R.B.C., 1955, vol. 33, p. 345).

(2) HOPKINS E.R. : "Confederations at the crossroads", op. cit., p. 224.

(3) CALDER B. : "Stare decisis and the supreme court of Canada", W.O.L.R., 1961, vol. 1, p. 58.

(4) MacDONALD V.C. : "Legislative power and the supreme court in the fifties", Toronto, University of Toronto Press, 1961, p. 27.

LEDERMAN W.R. pense à cet égard "(...) qu'aucune cour canadienne n'est tenue de suivre comme précédents des décisions rendues dans n'importe quelle cour anglaise après le 22 décembre 1949 (...)", ("The authority of english decisions in Canada", R.B.C. 1952, vol. 30, p. 1084).

(5) HALL E.M. : "Law reform and the judiciary's role", op. cit., p. 80.

(6) BROSSARD J. : "La Cour Suprême et la constitution - le forum constitutionnel du Canada", op. cit., p. 202.

surprenant d'entendre certains estimer que la Cour devrait "(...) au moins (...) abandonner le stare decisis dans les matières constitutionnelles" (1).

Non sans justesse, le champ constitutionnel s'avère, selon eux, le terrain par excellence où la Cour Suprême peut infléchir durablement l'orientation du fédéralisme canadien. C'est au niveau de la jurisprudence constitutionnelle que la règle du précédent judiciaire s'attire le plus de critiques (2) et les exhortations du professeur LASKIN en la matière (3) prennent, ainsi, toute leur signification.

L'appel à une ferme identité jurisprudentielle du tribunal canadien procède, dès lors, d'une double démarche. La première a pour elle le bon sens : "Nous ne devrions pas continuer à nous considérer liés nous-mêmes par les décisions d'une cour extérieure bonne ou mauvaise" (4). Toutefois, l'évidence d'une telle logique masque une démarche implicite, inavouée, dont l'objet est de neutraliser définitivement la jurisprudence provincialiste du Comité Judiciaire.

B - L'appel à une adaptation du fédéralisme canadien par la Cour Suprême

Cet appel, lancé par les milieux favorables à une centralisation du partage des compétences, n'est pas fondamentalement différent du premier. Il en est simplement son complément. L'acquisition par la Cour Suprême d'une identité jurisprudentielle propre passe par sa capacité d'adapter le fédéralisme canadien aux conditions nouvelles de l'activité économique et politique du Canada.

(1) STRAYER B. : "Judicial review of legislation in Canada", op. cit., p. 27-28.

(2) FRIEDMANN W. remarque que "(...) dans les matières constitutionnelles, la cause d'une liberté contenue mais affirmée de s'écarter du rigide stare decisis est la plus forte", ("Stare decisis at common law under the Civil Code of Quebec", op. cit., p. 747).

(3) LASKIN B. estime impératif que "(...) dans un litige constitutionnel, en particulier, le stare decisis ne puisse pas être accepté comme une règle de conduite inflexible", ("The supreme court of Canada : a final court of and for Canadians", op. cit., p. 1073).

(4) KENNEDY G. D. : "The authority of english decisions in Canada", R. B. C., 1952, vol. 30, p. 1087.

Ce que le Comité Judiciaire n'a pas été en mesure de faire, la Cour Suprême du Canada saura le réaliser et ce d'autant mieux parce qu'elle côtoie la réalité canadienne (1). Il y a dans cette conviction le ressort principal de la démarche centralisatrice : une cour canadienne percevra la nécessité de certaines transformations beaucoup mieux qu'un tribunal étranger. Pour les adeptes de la centralisation, l'éviction du Comité Judiciaire a été un bien nécessaire. Ces derniers, en effet, avaient la certitude qu'une Cour Suprême "(...) composée d'hommes tout à fait familiers avec les conditions sociales et politiques canadiennes, aurait une plus grande aptitude à être une Cour d'appel plus sophistiquée et plus sensible" (2). La jurisprudence provincialiste du Comité Judiciaire ne peut, en tout état de cause, s'expliquer que par une mauvaise connaissance du contexte canadien. Les centralisateurs voulaient, dès lors, espérer qu'une Cour canadienne ne tomberait pas dans les travers jurisprudentiels du tribunal londonien.

L'abolition des appels au Comité londonien était d'abord un choix politique dans la mesure où la consécration de la Cour Suprême comme tribunal général d'appel de dernière instance s'était faite contre lui (3). Une telle consécration n'avait rien d'hasardeux mais correspondait à une attente. De fait, les milieux fédéraux n'attendaient rien de plus de la Cour qu'elle avalise les transferts de compétence nécessaires à la mutation du fédéralisme canadien.

Or, beaucoup pensent que la doctrine du précédent bloque inévitablement toute évolution constitutionnelle. De "(...) par le passé, constatent d'aucuns, les évolutions qui se sont produites ont toujours été freinées

(1) CLOKIE H. McD. considérait que les conflits du fédéralisme canadien s'avéraient trop importants "(...) pour les laisser à une prétendue impartialité judiciaire en dehors du pays", ("Judicial review, federalism and the canadian constitution", op. cit., p. 552.)

(2) CAIRNS A.C. : "The Judicial Committee and its critics", op. cit., p. 329. Cf. id. MALLORY J.R. : "L'expérience vaut beaucoup plus que le droit et les juges canadiens seraient, sans aucun doute, plus sensibles aux tendances et aux modèles changeants de la vie canadienne que le Conseil Privé", ("The five faces of federalism", op. cit., p. 6). cf. id. WEILER P.C. : "In the last resort - a critical study of the supreme court of Canada", op. cit., p. 169.

(3) RUSSELL P.H. note que l'accession de la Cour Suprême au rang de tribunal général d'appel de dernier ressort s'est surtout bâtie "(...) négativement sur les insuffisances du Comité Judiciaire comme arbitre judiciaire des litiges constitutionnels du Canada", ("The political role of the supreme court of Canada in its first century", op. cit., p. 586).

par le stare decisis" (1). On observe, à cet égard, depuis 1949, à une attaque en règle contre le stare decisis accusé d'être source d'immobilisme, voire de sclérose constitutionnelle. Ainsi, certains soulignent que "(...) le stare decisis semble destiné à priver la loi de vitalité créatrice" (2). D'autres dénoncent "(...) l'inertie du stare decisis" (3) et son "(...) influence débilitante (...)" (4) sur l'évolution de l'interprétation jurisprudentielle.

Elément, certes, important du processus judiciaire (5), le stare decisis ne doit pas être considéré par la Cour Suprême comme une règle fatalement coercitive, une muselière jurisprudentielle (6).

Cette entreprise de déconsidération du stare decisis n'est pas, on le réalise, sans arrières-pensées. Moyen de pression détourné, elle place la Cour Suprême devant ses responsabilités jurisprudentielles. D'aucuns, à cet égard, souhaitent depuis 1949 que le tribunal canadien ne se cantonne pas dans l'interprétation stricte du droit. Une telle attitude, pressent GIBSON, "(...) irait au désastre" (7). La Cour Suprême doit au contraire faire preuve d'imagination dans ses tentatives pour adapter la constitution de 1867 aux échéances contemporaines :

(1) BRUN H. & TREMBLAY G. : "Droit Public Fondamental", op. cit., p. 282. Cf. id. : BROSSARD J. considère qu' "(...) une observation rigide de la règle du stare decisis paralyse l'évolution du droit (...)", ("La Cour Suprême et la constitution - le forum constitutionnel du Canada", op. cit., p. 318).

(2) KENNEDY W.P.M. : "The british North America Act : past and future", R.B.C. 1937, vol. 15, p. 399.

(3) LASKIN B. : "Peace, order and good government re-examined", R.B.C. 1947, vol. 25, p. 1086.

(4) CAIRNS A.C. : "The Judicial Committee and its critics", op. cit., p. 333. Cf. id. : READ H.E. juge que "(...) la rigueur du stare decisis (...) appliqué au Canada produit une opération statique et mécanique du droit.", ("The judicial process in common law Canada", R.B.C. 1959, vol. 37, p. 279-280). Cf. id. : FREEDMAN S. : "Continuity and change - a task of reconciliation", U.B.C.L.R. 1972-1973, Vol. 7-8, p. 213.

(5) Cf. LASKIN B. : "The role and functions of final appellate courts : the supreme court of Canada", R.B.C., 1975, vol. 53, p. 478.

(6) STRAYER B.L. estime que " la Cour Suprême doit éviter la source tarie du précédent en faisant face avec une nouvelle législation édictée pour traiter de situations nouvelles", ("Judicial review of legislation in Canada", op. cit., p. 210).

(7) GIBSON D. : "And one step backward : the supreme court and constitutional law in the sixties", R.B.C., 1975, vol. 53, p. 637.

"(...) la Cour Suprême du Canada porte la responsabilité d'appliquer un document du dix neuvième siècle, expression des valeurs de cette époque au milieu d'un vingtième siècle technologique (...)" (1).

Dépoussiérer l'A.A.N.B. de 1867 de tous les parasites jurisprudentiels du passé, voilà ce que les centralisateurs n'ont eu de cesse, depuis 1949, de suggérer à la Cour Suprême. Son rôle, désormais, serait "(...) d'injecter une note dynamique dans la structure" (2) de façon à la rendre plus souple, plus malléable aux initiatives fédérales. Pour nombre de centralisateurs, l'abolition des appels a sonné la revanche sur l'obscurantisme jurisprudentiel du Comité Judiciaire. Le moment est maintenant venu où

"(...) la Cour Suprême, maintenant qu'elle est au sommet de la structure judiciaire canadienne, adaptera le droit canadien d'une manière plus effective aux besoins de changement de la société canadienne" (3).

On demandait, somme toute, à la Cour Suprême de mettre son pouvoir jurisprudentiel au service de la bonne cause fédérale. L'adaptation constitutionnelle en la circonstance revenait, en fait, à "(...) permettre à la Cour Suprême du Canada de poursuivre une nouvelle route

(1) SEYFFERT R.W.J. : "A study of the supreme court of Canada, as an institution of constitutional law reform", op. cit., p. 36.

(2) BALLEM J.B. : "A note on the approach of supreme court of Canada to the B.N.A. Act", R.B.C., 1951, vol. 29, p. 86.

(3) RUSSELL P.H. : "The supreme court of Canada as a bilingual and bi-cultural institution", op. cit., p. 56.

Cf. id. : MORIN J.Y. note que le rôle demandé à la Cour Suprême était d' "(...) adopter l'attitude la plus ouverte de manière à adapter le droit au changement social et aux circonstances économiques", ("A constitutional court for Canada", R.B.C., 1965, vol. 43, p. 551).

- OUELLETTE Y. : "Nombreuses furent les invitations faites à la Cour Suprême dans les publications savantes à manifester moins de modestie judiciaire", ("La Cour Suprême du Canada en tant qu'institution politique", in "Projection vers l'avenir", Dalhousie Law School, 1967, p. 45).

centralisatrice" (1).

Les menaces, sous-jacentes à cette campagne de déconsidération du *stare decisis*, n'ont pas échappé à l'attention de certains défenseurs de l'autonomie provinciale. Ces derniers ont, en effet, pleinement conscience qu'un simple assouplissement de la règle du précédent risquerait d'effriter par contre-coup les prérogatives provinciales (2). Jusqu'en 1949, raisonnent-ils, la soumission de la Cour au tribunal londonien était une garantie de l'autonomie provinciale. La Cour, à cet égard, se devait de "(...) respecter la fédéralisation du système politique canadien consacré par le Comité Judiciaire du Conseil Privé" (3). La propagande en faveur d'une centralisation des compétences orchestrée depuis l'abolition des appels ne risque-t-elle pas d'entraîner la Cour Suprême dans une voie jurisprudentielle différente de celle du Comité ?

"Aujourd'hui, constate le professeur PATENAUDE, de fortes pressions sont exercées pour que la Cour Suprême (...) adapte la constitution à l'évolution politique du pays et déroge en conséquence aux règles établies précédemment. Fort bien ! Mais encore faut-il que ses membres ne perçoivent pas tous l'évolution souhaitée dans un sens unique" (4).

(1) CLOCKIE H. McD. : "Canadian government and politics", Toronto - University of Toronto Press, 1944, p. 281.

Des auteurs comme LEIGH L.H. ont souligné ce désir de certains que "(...) la Cour Suprême, libre de ses attaches antérieures, adopterait des politiques centralisatrices (...)", ("The supreme court and the canadian constitution", op. cit., p. 323).

- cf. id. CAIRNS A.C. : "The Judicial Committee and its critics", op. cit., p. 333.

- cf. id. MORIN J.Y. : "Le fédéralisme - théorie et critique", Cours - Université de Montréal, 1964, p. 98.

(2) BROSSARD J. estime que le déclin du *stare decisis* "(...) met sérieusement en danger les intérêts provinciaux dans la mesure où (la Cour Suprême) se libère de la jurisprudence provincialiste du Conseil Privé britannique", ("La Cour Suprême et la constitution - le forum constitutionnel du Canada", op. cit., p. 319).

(3) PATENAUDE P. : "Le Québec et la Cour Suprême", A.L.R. 1976, vol. 14, p. 141.

(4) Ibid. supra, p. 154.

L'installation de la Cour Suprême du Canada au rang d'instance arbitrale suprême du fédéralisme canadien n'a pas été seulement le résultat d'une poussée nationaliste. Opération politique minutieusement préparée, l'abolition des appels au Comité Judiciaire devait ouvrir à un renouveau jurisprudentiel en faveur d'une centralisation du partage des compétences. Beaucoup ont espéré ainsi depuis 1949 que la Cour Suprême efface les errements jurisprudentiels du tribunal londonien en élaborant une jurisprudence plus conforme à l'esprit de la Confédération.

Leurs espoirs ont-ils été déçus ? La Cour Suprême du Canada a-t-elle été en mesure de résister aux fortes pressions centralisatrices exercées sur elle ? Une analyse des orientations jurisprudentielles majeures de la Cour Suprême depuis 1949 nous permettra d'apporter des éléments de réponse.

TITRE II

LES ORIENTATIONS DU REAMENAGEMENT
DU FEDERALISME CANADIEN INTRODUIT
PAR LA COUR SUPREME

L'impact de la Cour Suprême sur le fédéralisme canadien depuis 1949 s'est traduit, à notre avis, par deux approches jurisprudentielles distinctes. D'une part, la haute juridiction canadienne a fait preuve d'une certaine rigidité dans son interprétation jurisprudentielle du partage des compétences entre les deux ordres de gouvernement. D'autre part, il lui revient d'avoir élaboré une jurisprudence féconde dans le domaine des libertés publiques.

SOUS - TITRE**UNE APPROCHE JURISPRUDENTIELLE RIGIDE DANS L'INTERPRETATION
DU PARTAGE DES COMPETENCES**

La rigidité jurisprudentielle de la Cour Suprême dans son interprétation du partage des compétences est perceptible à deux niveaux. Une stricte interprétation des dispositions de l'A. A. N. B. de 1867 a entraîné un net renforcement des prérogatives fédérales au détriment des provinces. Par ailleurs, une telle rigidité de la Cour a eu des conséquences néfastes en matière de délégation et hypothéqué ainsi toute transformation du fédéralisme canadien.

Il conviendra, dès lors, d'analyser, dans un premier temps, le rôle de la Cour Suprême dans le renforcement des prérogatives de l'Etat fédéral. Dans un second temps, nous aurons à examiner le rôle de la Cour dans l'assouplissement du fédéralisme canadien.

CHAPITRE I : LE ROLE DE LA COUR SUPREME DANS LE RENFORCEMENT DES PREROGATIVES DE L'ETAT FEDERAL

Les abolitionnistes de 1949 peuvent avoir des raisons d'être satisfaits dans la mesure où la Cour Suprême a répondu globalement à leurs attentes. En effet, une simple observation générale de la jurisprudence de la Cour dans le domaine du partage des compétences s'avère suffisante pour nous convaincre d'un changement sensible d'orientation jurisprudentielle. Il ne s'agit, certes pas, d'un renversement drastique de la jurisprudence du Comité Judiciaire. Il serait plus juste de parler d'un certain infléchissement centralisateur de l'interprétation jurisprudentielle, faite par la Cour, de la répartition des compétences (1).

La centralisation nuancée mais sensible du fédéralisme canadien sous les auspices de la Cour Suprême a cheminé par des voies diverses. Tantôt, le tribunal canadien eut recours à des moyens exceptionnels pour asseoir sa jurisprudence ; tantôt, il se servit des dispositions ordinaires de la constitution pour arriver à ses fins.

(1) McWHINNEY E. observe que "(...) depuis 1949 (...) la Cour Suprême canadienne a eu tendance à favoriser le gouvernement fédéral dans les conflits fédéraux-provinciaux, renversant ainsi les tendances principales de l'interprétation constitutionnelle mise en oeuvre par le Conseil Privé" ("Pluralistic federalism in Canada", op. cit., p. 35).

Cf. id. : STANLEY G.F.G. décèle dans la Cour Suprême une orientation jurisprudentielle qui "(...) depuis 1949, a tendu à rompre avec les lignes de conduite et les conclusions du Comité Judiciaire du Conseil Privé (...)" ("A short history of the canadian constitution", op. cit., p. 170).

SECTION I - LES VOIES EXCEPTIONNELLES DE LA CENTRALISATION

Depuis 1949, la Cour Suprême s'est attachée à renforcer les compétences de l'Etat fédéral par le truchement de deux théories jurisprudentielles. L'une a trait à la théorie des dimensions nationales ; l'autre est relative à la théorie de l'urgence nationale. Les deux théories d'usage exceptionnel ont permis, sans conteste, à la Cour Suprême de favoriser le gouvernement fédéral au détriment de l'autonomie provinciale.

Il conviendra de montrer d'une part dans quelle mesure la Cour Suprême a ressuscité la théorie des dimensions nationales et d'autre part dans quelles limites elle semble accorder à la théorie de l'urgence nationale un intérêt accru.

Paragraphe 1 - La renaissance de la théorie des dimensions nationales

La théorie des dimensions nationales, de construction jurisprudentielle, se rattache au paragraphe introductif de l'article 91 de l'A.A.N.B. de 1867 qui donne compétence au Parlement fédéral "(...) de légiférer en vue de la paix, de l'ordre et de la bonne administration du Canada sur toute matière ne rentrant pas dans les catégories de sujets que la présente loi attribue de façon exclusive aux législatures des provinces". Fondement de la compétence résiduaire du gouvernement fédéral, cette disposition a donné naissance au pouvoir général du Parlement fédéral.

Le pouvoir général dévolu au Parlement fédéral a donné lieu à deux interprétations jurisprudentielles majeures. La première d'entre elles se présente sous le nom de théorie de l'intérêt ou des dimensions nationales. Selon cette théorie, le gouvernement fédéral a pleine compétence pour légiférer dans des matières qui présentent un intérêt pour l'ensemble de la fédération :

"(...) la doctrine des dimensions nationales permettrait au Parlement de légiférer, dans des circonstances qui sont ni celles d'une guerre ni celles d'une invasion, relativement à des matières normalement de compétence provinciale quand ces matières ont pris une importance telle qu'elles concernent "la paix,

l'ordre et le bon gouvernement". " (1)

Expression jurisprudentielle du pouvoir résiduaire du Parlement fédéral, celui-ci, en temps ordinaire "(...) dort et n'est réveillé qu'au besoin, notamment en temps de péril national" (2).

L'élaboration de la théorie des dimensions nationales a été, paradoxalement, l'oeuvre du Comité Judiciaire. Déjà, en 1882, le tribunal londonien en définissait les grandes lignes:

"Peu de lois, s'il en existe, pourraient être adoptées par le Parlement en vue de la paix, l'ordre et la bonne administration du Canada, qui ne trancheraient pas, par incidence, à la propriété et aux droits civils ; et en attribuant aux provinces l'autorité législative exclusive sur la propriété et les droits civils, on n'a sûrement pas eu l'intention de priver le Parlement de l'exercice de son pouvoir général de légiférer du moment qu'une telle incidence en résultait" (3).

Dans d'autres arrêts ultérieurs, le Comité Judiciaire avait l'occasion de justifier le recours à la théorie des dimensions nationales :

"Nul doute, estimait-il, qu'il puisse survenir des situations créées par une menace extraordinaire à l'existence même de la nation canadienne, comme dans le cas d'une guerre, qui exigent

(1) L'ECUYER G. : "Les "dimensions nationales" et la gestion de l'eau", C.D., 1972, vol. 13, p. 232.

Cf. id. : LAJOIE A. : "Cette doctrine se fonde sur le principe même de la division des compétences à l'intérieur d'une fédération, à savoir que l'on doit attribuer aux autorités fédérales les pouvoirs nécessaires à la réalisation des fins qui intéressent la nation toute entière", ("Le pouvoir déclaratoire du Parlement", Presses de l'Université de Montréal, 1969, p. 111).
Cf. BARBEAU A. : "Le droit constitutionnel canadien", op. cit., p. 129.
- BRUN H. & TREMBLAY G. : "Droit Public Fondamental", op. cit., p. 141.

(2) BIRD E.A. : "Certains aspects historiques et institutionnels du fédéralisme canadien", Mémoire, Centre Universitaire des Hautes Etudes Européennes de Strasbourg, 1963, p. 63.

(3) RUSSELL v. La Reine (1882) A.C. 829, p. 838.

une législation dont l'objet dépasse les sujets qui sont de la compétence exclusive des provinces" (1).

Conçue pour être utilisée uniquement dans des circonstances exceptionnelles, la théorie des dimensions nationales ne devait être que rarement invoquée par les juges de Londres. Conscients des implications centralisatrices d'un tel outil jurisprudentiel, ces derniers n'y eurent recours que rarement (2). Avec l'accession de la Cour Suprême au rang de tribunal général d'appel de dernier ressort, la théorie des dimensions nationales devait véritablement renaître. De fait, par une utilisation fréquente de cette théorie, la Cour Suprême la retirait de l'oubli jurisprudentiel. (3)

A - Un recours fréquent à la théorie des dimensions nationales

Deux ans après l'abolition des appels au Comité Judiciaire, l'affaire JOHANESSION fournissait aux observateurs "(...) un test de l'approche de la Cour Suprême des termes introductifs de l'article 91" (4).

(1) - Toronto Electric Commissioners v. Snider (1925) A.C. 396, p. 410.
- Le Comité Judiciaire déclarait par ailleurs : "Leurs Seigneuries ne doutent aucunement que certaines matières, originaires locales et provinciales, puissent acquérir des proportions suffisamment considérables pour devenir matières d'intérêt général pour tout le Dominion, et justifier le Parlement du Canada d'adopter des lois en vue de leur réglementation ou de leur abolition dans l'intérêt du Dominion", (Procureur Général de l'Ontario v. Procureur Général du Canada (1896) A.C. 348, p. 361).

(2) Cf. Procureur Général de l'Ontario v. Canada Temperance Federation (1946) A.C. 193 ; Co-operative Committee on Japanese Canadians v. Procureur Général du Canada (1947) A.C. 87.

- LASKIN B. ne partage pas, à cet égard, la prudence du Comité Judiciaire vis-à-vis de l'utilisation de la théorie des dimensions nationales : "(...) nous croyons, écrit-il, que la solution décidée par le Comité Judiciaire de réduire le pouvoir général à un simple pouvoir résiduaire était beaucoup trop extrême", ("Canadian constitutional law", 1975, 4^e ed révisée, p. 194).

(3) Le Comité Judiciaire devait souligner à cet égard que "(...) l'exercice du pouvoir de légiférer du Parlement du Canada sur toutes les matières non énumérées à l'article 91, doit être strictement limité aux questions ayant de toute évidence un caractère d'importance nationale et d'intérêt général, et le Dominion ne doit pas alors empiéter sur les sujets énumérés à l'article 92" (Procureur Général de l'Ontario v. Procureur Général du Canada (1896) A.C. 348, p. 360).

(4) RUSSELL P.H. : "Leading constitutional decisions", 1973, 2^e ed., op. cit., p. 57.

1 - L'arrêt Johanesson v. la Municipalité rurale de
West Saint Paul (1)

L'affaire débattue par la Cour Suprême soulevait une question importante. Il s'agissait, en effet, de déterminer si la réglementation de l'aéronautique relevait ou non de la compétence exclusive du gouvernement fédéral. C'était, en l'espèce, une question délicate à laquelle le Comité Judiciaire n'avait apporté qu'une réponse prudente (2). La Cour avait, dès lors, à trancher : ou bien elle considérait que l'article 921 de l'Acte municipal (S.R.M. 1940, ch. 141) empiétait le domaine de l'aéronautique et devait, par conséquent, être déclaré ultra vires de la compétence provinciale. Ou bien, comme le soutenait JOHANESSON, le règlement en cause n'était qu'une simple réglementation de zonage relevant de la compétence provinciale aux termes de l'alinéa 13 de l'article 92 relatif à "la propriété et les droits civils dans la province". Si tel était le cas, le gouvernement fédéral n'avait aucune juridiction en la matière.

Contre toute attente, la Cour Suprême fonda la compétence fédérale sur une justification des dimensions nationales :

"(...) si le sujet de l'aéronautique dépasse les préoccupations locales ou provinciales du fait qu'il a atteint des dimensions telles qu'il affecte le corps politique du Canada, il entre dans le champ d'application de la clause 91 de l'A.A.N.B. portant sur "la paix, l'ordre et le bon gouvernement", l'aéronautique n'étant pas un sujet que l'article 92 réserve aux provinces" (3).

Pour le juge KELLOCK, la province ne saurait garder une compétence sur une matière dès lors que l'on a décidé que celle-ci "(...) est d'importance et d'intérêt nationaux (...)" (4). Par ailleurs, estime le juge LOCKE, dans la mesure où le maintien et l'extension du réseau aérien à travers le Canada sont essentiels à l'épanouissement du pays et à la mise en valeur des ressources nationales, la compétence du gouvernement fédéral ne fait aucun doute. Et d'ajouter :

(1) (1952) R.C.S. 292.

(2) Le Comité Judiciaire déclarait "(...) (qu') il semble en substance tout le champ de législation de navigation aérienne soit de la compétence du Dominion" (Renvoi relatif aux questions soumises au sujet de la réglementation et du contrôle de l'aéronautique au Canada (1932) A.C. 54, p. 76).

(3) Juge KERWIN, p. 307-308.

(4) p. 312.

"(...) il serait inconcevable qu'une municipalité rurale puisse empêcher la réalisation de ce projet d'importance nationale parce que le conseil municipal trouve que les avions font trop de bruit" (1).

Cette décision provoqua des remous dans les milieux doctrinaux. Les souvenirs de la jurisprudence provincialiste du Comité Judiciaire étaient encore trop vivaces pour que ce jugement ne créât pas l'effet de surprise (2) :

"(...) le jugement, commente MONTGOMERY, (...) indique une approche plus fluide et plus raisonnable de la Cour Suprême du Canada quant à l'interprétation constitutionnelle future de la clause "paix, ordre et bon gouvernement", en particulier à la lumière du fait que les appels au Conseil Privé ont été abolis" (3).

Ce commentaire modéré, voire conciliant, était loin de faire l'unanimité de la doctrine (4). Décision obscure dans ses motifs (5), l'arrêt JOHANESSON est perçu comme "(...) un encouragement mais à peine une victoire" (6) pour la cause centralisatrice.

(1) p. 327.

(2) Cf. OUELLETTE Y. : "La Cour suprême du Canada en tant qu'institution politique", op. cit., p. 44.

- Pour PATENAUDE P., dans cet arrêt, "(...) la Cour Suprême, dans un même esprit de centralisation, avait ravivé dès 1952 la théorie des dimensions nationales", ("Le Québec et la Cour Suprême", op. cit., p. 139).

(3) MONTGOMERY G. : "Constitutional law - B.N.A. Act S.91 - Federal power re aeronautics", U.T.F.L.R., 1951-1953, vols. 9-11, p. 44.

(4) - LEIGH L.H. estime que cet arrêt "(...) se ramène à une extension du pouvoir fédéral (...)", ("The supreme court and the canadian constitution", op. cit., p. 324).

- FLETCHER M. considère que la décision "(...) revient vigoureusement en arrière sur le raisonnement et le ton des avis de l'aéronautique et de la Radio de 1930", ("Judicial review and the division of powers in Canada", in "Canadian federalism : myth or reality", 1971, p. 176).

- RUSSELL P.H. écrit : "(...) dans l'arrêt Johanesson, une majorité de la Cour a soutenu une vue moins restrictive du pouvoir général de la législature fédérale que celle développée par le Conseil Privé (...)", ("The Supreme Court since 1949 : contemporary issues" in "Canadian federalism : myth or reality", 1971, p. 190).

(5) Cf. GIBSON D. : "Measuring "national dimensions" ", M.L.J. 1976, vol. 7, p. 25.

(6) RUSSELL P.H. : "The supreme court's interpretation of the constitution since 1949" in "Politics" (Fox P.) 1966, p. 120.

D'autres auteurs prennent acte de cette décision non sans une certaine satisfaction. Dans un certain sens, ils approuvent l'orientation de la Cour parce qu'elle permet au gouvernement fédéral de se doter des moyens adéquats pour mener une politique socio-économique conséquente. WEILER, à cet égard, considère qu'une approche de ce genre "(...) si elle est continuée, détendrait grandement les contraintes légales sur le pouvoir fédéral de réglementation en ce qui concerne les nouveaux problèmes sociaux" (1).

Le caractère éminemment centralisateur de l'arrêt Johannesson est patent. S'agit-il simplement d'un accident de parcours, d' "(...) un incident jurisprudentiel" (2) ou augure-t-il déjà d'un réajustement jurisprudentiel en faveur du gouvernement fédéral ? En renouant avec la théorie des dimensions nationales dans l'affaire MUNRO, le doute n'était plus permis.

2 - L'arrêt MUNRO v. la Commission de la Capitale nationale

Avec l'arrêt Munro, la Cour Suprême semble avoir érigé la théorie des dimensions nationales en "(...) véritable principe constitutionnel" (3). Dans cette affaire, la Cour avait à juger de la légalité d'une expropriation approuvée par le gouverneur en conseil visant à céder une ceinture de verdure en dehors des limites de la ville d'Ottawa. Il s'agissait de savoir si l'usage de ce pouvoir d'expropriation se rattachait par sa nature et son but à une matière relevant de la compétence provinciale.

Dans son jugement, la Cour conclut à la compétence fédérale en estimant que la matière en litige entraînait dans les pouvoirs résiduels du Parlement fédéral. En outre, à l'appui de son argumentation, le tribunal canadien faisait appel à la théorie des dimensions nationales pour justifier l'attribution de la matière :

(1) WEILER P.C. : "The supreme court and the law of canadian federalism", U.T.L.J. 1973, vol. 23, p. 323.

cf. id. : EATON W. : "Canadian judicial review and the federal distribution of power", op. cit., p. 65.

(2) TREMBLAY A. : "Les techniques d'interprétation des constitutions", op. cit., p. 65.

(3) TREMBLAY A. : "Le jugement de la Cour Suprême dans l'affaire Munro est lourd de danger pour l'avenir de l'autonomie du Québec", Le Devoir, 15 juillet 1966, p. 4.

"Il me semble difficile, déclarait le juge CARTWRIGHT, de trouver une matière législative qui dépasse aussi manifestement les intérêts locaux ou provinciaux et constitue plus une préoccupation pour le Canada (...) afin que la nature et le caractère du siège du gouvernement du Canada puissent être en harmonie avec son importance nationale" (1).

Un tel raisonnement s'avérait d'autant plus surprenant que la Cour reconnaissait, par ailleurs, que la loi affectait les droits civils des habitants de la région nationale. Ce qui importe, à cet égard, devait ajouter cependant la Cour, ce n'est pas tant les effets de la matière que celle-ci :

"(...) une fois que l'on a décidé que le sujet auquel se rattache la loi que l'on a adoptée est un sujet qui entre dans les Pouvoirs du Parlement, le fait que son application affectera les droits civils dans ces provinces ne saurait constituer une objection sérieuse à sa validité" (2).

Cette décision, incontestablement, modifie certaines données du droit constitutionnel, du moins marque un point d'évolution important dans le fédéralisme canadien. Il est permis de se demander, en la circonstance si, à travers de tels empiètements des compétences provinciales, "(...) il ne s'agit pas véritablement d'un retour à l'esprit de l'A.A.N.B. (...)" (3). De fait, dans les rangs de la doctrine québécoise, la stupéfaction fut grande. Pour le professeur TREMBLAY, l'arrêt de la Cour est "(...) une cuisante défaite (...)" (4) pour le Québec. Si la Cour tolère désormais que le gouvernement fédéral étende démesurément sa compétence au détriment des prérogatives provinciales, c'est la nature même du fédéralisme qui est remise en cause :

(1) (1966 R.C.S. 663, p. 671.

(2) Ibid., p. 671.

(3) L'ECUYER G. : " "les dimensions nationales" et la gestion de l'eau", op. cit., p. 251.

Cf. id. : Perry SMITH : "Maintenant, avec certitude après l'arrêt Munro (...) le gouvernement fédéral peut légiférer avec le pouvoir qu'il était destiné à avoir en 1867", ("Parks and wars : the Munro case", W.O.L.R., 1967, vol. 6, p. 213).

(4) TREMBLAY A. : "Le jugement de la Cour suprême dans l'affaire Munro est lourd de danger pour l'avenir de l'autonomie du Québec", op. cit., p. 4. Cf. id. : TREMBLAY A. : "Les compétences législatives au Canada et les pouvoirs provinciaux en matière de propriété et de droits civils", 1967, Ottawa, Editions de l'Université d'Ottawa, p. 295.

"(Cette décision) accentue de nouveau avec éclat le regain de vie de cette théorie des dimensions nationales, avec tous les dangers qu'elle comporte pour le maintien du fédéralisme canadien, en particulier à l'égard de la situation du Québec" (1).

Ainsi, en élargissant le champ de la théorie des dimensions nationales "(...) jusqu'à l'absurde" (2), la Cour a-t-elle rendu une décision éminemment centralisatrice (3) plus que contestable. En effet, il y a lieu de s'interroger si les juges, en l'espèce, n'ont pas abandonné "(...) la vieille approche fragmentaire (...)" (4) qui consiste d'abord à se demander si la matière n'entre pas dans la compétence provinciale. Il semble, au contraire, que la Cour Suprême ait voulu privilégier le but à atteindre et ensuite trouver les arguments juridiques pour le justifier.

Les implications d'un tel arrêt sont importantes dans la mesure où la théorie des dimensions nationales risque de justifier l'immiscion du Parlement fédéral dans de nouveaux domaines et compromettre ainsi l'équilibre du partage des compétences :

"Le précédent, estime SEYFFERT, peut bien être utilisé par le gouvernement central pour intervenir dans le logement, contrôle des prix, pour diminuer l'inflation et les mesures d'anti-pollution" (5).

De fait, l'arrêt Munro ne devait pas être la dernière "(...) irrévérance (...)" (6) jurisprudentielle de la Cour à la mémoire du Comité Judiciaire.

(1) DUPONT J. : "Le pouvoir de dépenser du gouvernement fédéral : "a dead issue" ?", C.D. 1967, vol. 8, p. 100.

cf. LAJOIE A. : "(...) L'exercice des pouvoirs d'expropriation (...) nous oblige à faire des réserves extrêmement sérieuses sur la nature du "fédéralisme" ", ("Le pouvoir déclaratoire du Parlement", op. cit., p. 101).

(2) PATENAUDE P. : "Le Québec et la Cour Suprême", op. cit., p. 139.

(3) RUSSELL P.J. note : "Il ne peut y avoir de méprise sur la poussée centralisatrice de ce jugement", ("Leading constitutional decisions", 1973, 2ed, p. 59).

(4) LYON N. & ATKEY R.G. : "Canadian constitutional law in a modern perspective", 1970, University of Toronto Press, p. 698.

(5) SEYFFERT R.W.J. : "A study of the supreme court of Canada as an institution of constitutional law reform", op. cit., p. 30.

cf. ibid. WEILER P.C. admet que cet arrêt s'avère "(...) un instrument éventuel d'innovation constitutionnelle significative dans certains des domaines les plus controversés de la réglementation économique du Dominion (...)", ("The supreme court and the law of Canadian federalism", op. cit., p. 325).

(6) STRAYER B.L. : "Judicial review of legislation in Canada", op. cit., p. 28.

Ainsi, en 1967, dans l'affaire des droits miniers sous-marins (1), la Cour Suprême fondait la compétence fédérale sur la mer territoriale et le plateau continental sur l'argument des dimensions nationales :

"(...) cette matière, affirme la Cour, peut, en conséquence, être considérée avec raison comme étant une matière affectant le Canada généralement et tombant sous l'expression "la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada". Les ressources minérales de ces terrains sont l'affaire du Canada et vont au-delà des intérêts purement locaux ou provinciaux" (2).

Plus récemment, dans l'affaire Jones, la Cour Suprême, par la voix de son Juge en Chef, n'hésitait pas à invoquer la compétence résiduaire du Parlement fédéral pour établir la validité des lois sur les langues officielles (3). Peu de temps après, dans l'arrêt Inter-provincial Cooperatives Ltd (4), le Juge PIGEON rappelait non sans fermeté que "(...) le principe de base de la division des pouvoirs législatifs au Canada est que tous les pouvoirs législatifs relèvent du fédéral sauf les matières sur lesquelles la compétence exclusive a été attribuée aux législatures provinciales" (5).

Une utilisation aussi fréquente de la théorie des dimensions nationales ne pouvait que légitimement inquiéter les défenseurs de l'autonomie provinciale.

B - Un recours dangereux pour l'autonomie provinciale

En permettant au gouvernement fédéral d'empiéter sur les prérogatives des provinces au nom de la théorie des dimensions nationales ou de son pouvoir résiduaire d'une façon générale, la Cour Suprême a malmené

(1) Renvoi relatif aux questions soumises au sujet des droits miniers sous-marins des eaux littorales (1967) R.C.S. 792.

(2) p. 794.

(3) Jones v. Procureur Général du Canada (1975) R.C.S. 182, p. 189 : "... je ne doute aucunement, déclare le juge LASKIN, qu'il était loisible au Parlement du Canada d'édicter la loi sur les langues officielles (...) à titre de loi "pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement (...)"

(4) Interprovincial Cooperatives Ltd et al. v. Sa Majesté la Reine du chef de la province du Manitoba (1976) R.C.S. 477.

(5) p. 512.

quelque peu la jurisprudence du Comité Judiciaire. Celle-ci a reçu, en l'espèce, "(...) un traitement très particulier" (1) tant il est vrai que le tribunal londonien s'était montré prudent dans l'application de la compétence résiduelle de l'article 91.

De fait, le Comité Judiciaire était parfaitement conscient des abus qui pouvaient naître d'une utilisation abusive du pouvoir résiduaire du Parlement fédéral sur le partage des compétences. Soucieux de prévenir d'éventuels glissements centralisateurs à cet égard, le tribunal londonien assujettissait l'exercice de la compétence résiduelle du gouvernement fédéral à deux conditions. Il fallait, d'abord, que l'objet de la législation soit manifestement d'importance nationale :

"Il faut toutefois exercer une grande prudence en déterminant que ce qui est local et provincial et par voie de conséquence du ressort des législatures des provinces, ait cessé d'être purement local ou provincial et soit devenu d'intérêt général et partant de la compétence du Parlement du Canada (...)" (2).

La législation en question ne devait, ensuite, en aucune manière empiéter sur l'autorité que possèdent les provinces de légiférer à l'égard des matières énumérées à l'article 92 (3). Certes, le Comité Judiciaire admettait qu'une législation d'intérêt général relève des attributions du Parlement mais il n'y consentait qu'avec une certaine répugnance (4). Dans son esprit, le recours à la théorie des dimensions nationales ne trouvait sa justification que dans des situations exceptionnelles. En aucune façon, il n'acceptait qu'une telle théorie soit utilisée par les autorités fédérales à des fins ordinaires de législation.

Le "(...) retour" (5) de la théorie des dimensions nationales dans

(1) TREMBLAY A. : "Les techniques d'interprétation des constitutions", op. cit., p. 65.

(2) Procureur Général de l'Ontario v. Procureur Général du Canada (1896) A.C. 348, p. 361.

(3) Le Comité Judiciaire admettait l'existence de situations d'urgence mais "lorsque survient une situation de cette nature, les catégories énumérées à l'article 92 ne sont nullement abolies", (Fort Frances Pulp v. Manitoba Free Press (1923) A.C. 695, p. 704).

(4) Cf. Procureur Général de l'Ontario v. Canada Temperance Federation (1946) A.C. 193, p. 205.

(5) DAWSON R. MacG. : "The government of Canada", 1970, op. cit., p. 94. cf. BROSSARD J. : l'auteur critique la théorie des dimensions nationales "(...) que la Cour Suprême cherche résolument à rétablir depuis quelques années", ("Le territoire québécois", Les Presses de l'Université de Montréal, 1970, p. 163).

la jurisprudence de la Cour Suprême présente un caractère préoccupant. Nombre d'auteurs, en particulier québécois, ne se sont pas fait faute de stigmatiser ce qu'ils considèrent comme "(...) le plus puissant instrument de la centralisation des pouvoirs (...)" (1). De fait, en modifiant sensiblement l'organisation du système fédéral, la théorie des dimensions nationales en vient à rejeter son fondement même :

"(...) dans la mesure où elle ne permet de réaliser la coordination des politiques qu'en sacrifiant l'autonomie des provinces et en compromettant l'existence même du fédéralisme canadien, il faut être très prudent dans son application" (2).

De telles appréhensions s'avèrent d'autant plus justifiées que l'appréciation des dimensions nationales relève du pouvoir discrétionnaire de la Cour Suprême (3). L'abus d'un tel pouvoir risque, par conséquent, "(...) de se solder par une modification permanente, au profit du pouvoir fédéral, de l'aménagement des compétences" (4).

La renaissance de la théorie des dimensions nationales ne relève pas d'un quelconque accident jurisprudentiel. Elle révèle, au contraire, de la part de la Cour Suprême une conception empirique et concrète du partage des compétences. Une telle conception privilégie, de fait, une approche centralisatrice de l'approche interprétative dans la mesure où la répartition des compétences législatives dans le fédéralisme canadien est conditionnée beaucoup plus par les objectifs à attendre que par un respect strict des matières. Pareille conception finaliste du partage des compétences sous-entend, dès lors, que les compétences de l'article 92 sont des exceptions à la compétence générale du Parlement fédéral et par conséquent doivent être interprétées restrictivement.

(1) BROSSARD J. : "Fédéralisme et statut particulier", op. cit., p. 434.

(2) L'ECUYER G. : "Les dimensions nationales" et la gestion de l'eau", op. cit., p. 255.

cf. Rapport ROWELL-SIROIS : considère que l'abus de la compétence résiduaire du Parlement fédéral "(...) deviendrait tellement formidable que le caractère fédéral de la constitution donnerait lieu à de graves doutes" (T.1, p. 60).

cf. BROSSARD J. : "La Cour Suprême et la constitution - le forum constitutionnel du Canada", op. cit., p. 206.

(3) BEAUDOIN G.A. note à cet égard : "(...) ce n'est pas parce qu'un problème local prend de l'ampleur qu'il doit nécessairement sortir de la sphère de la législation provinciale", ("La Cour Suprême et le partage des compétences législatives", A.L.R. 1976, vol. 14, p. 52).

(4) BEETZ J. : "Les attitudes changeantes du Québec à l'endroit de la constitution de 1867", op. cit., p. 120.

La théorie des dimensions nationales s'inscrit, de ce fait, dans la démarche finaliste de la Cour Suprême dans son interprétation du partage des compétences. A cet égard, celle-ci considère qu'une matière relève de l'intérêt national en fonction des nécessités économiques. On devine, ainsi, les abus auxquels peut donner lieu cette théorie finaliste de la législation : en déterminant discrétionnairement qu'une matière doit être considérée comme étant à l'avantage général du pays, le Parlement fédéral s'octroie le droit de légiférer sur des matières réservées exclusivement aux provinces. En tout état de cause l'aspect finaliste de la législation doit triompher de son aspect matériel (1). Fondée ainsi sur une conception interprétative axée sur l'aspect téléologique, la théorie des dimensions nationales se transforme en levier ordinaire de centralisation du fédéralisme canadien.

Une telle perspective n'était pas sans susciter de graves inquiétudes parmi les défenseurs de l'autonomie provinciale. La question était de savoir, selon eux, jusqu'où irait la Cour Suprême dans l'utilisation de la théorie des dimensions nationales. L'avis rendu par la Cour relatif à la loi fédérale de lutte contre l'inflation est venue opportunément clarifier l'attitude du tribunal canadien.

1 - Le tournant jurisprudentiel du renvoi relatif aux questions soumisees par le gouverneur en conseil sur la validité de la loi anti-inflation (2)

Le jugement rendu par la Cour dans l'avis sur la validité de la loi anti-inflation s'est révélé pour beaucoup "(...) d'une grande importance pour l'orientation du fédéralisme canadien" (3). En effet, la Cour Suprême

(1) Une telle conception se situe évidemment aux antipodes du Comité Judiciaire. Celui-ci, en effet, a toujours donné la primauté à la compétence des matières énumérées relevant des provinces par rapport à la compétence générale du Parlement fédéral.

(2) (1976) R. C. S. 373.

(3) CHEVRETTE F. & MARX H. : "En matière de fédéralisme, la théorie de l'urgence est une théorie qui a, elle aussi, le bras long", *Le Devoir*, 21 juillet 1976, p. 5.

cf. : LEDERMAN W. R. : "L'avis sur l'Acte anti-inflation est presque certainement une des décisions constitutionnelles les plus importantes depuis la Confédération en 1867", ("Continuing constitutional dilemmas : the supreme court and the federal anti-inflation Act of 1975", *Q. Q.* -1977, vol. 84, p. 91-92).

cf. ABEL S. A. : "The anti-inflation judgment : right answer to the wrong question", *U. T. L. J.*, 1976, vol. 26, p. 450.

cf. RAE F. : "The constitutional validity of the Anti-inflation Act", *U. T. F. L. R.*, 1976, vol. 34, p. 217.

semble avoir donné un coup d'arrêt au laxisme dont elle faisait preuve jusqu'alors dans le recours aux dimensions nationales.

De fait, en rejetant la théorie des dimensions nationales comme justification de la validité de la loi fédérale, la Cour l'a, ce faisant, déclarée irrecevable comme doctrine constitutionnelle. C'est dire, par conséquent, toute l'importance de cet avis qui "(...) intéresse la portée du pouvoir fédéral" (1). Le rejet de la théorie des dimensions nationales formulé par le juge BEETZ témoigne indiscutablement d'une approche jurisprudentielle plus orthodoxe du fédéralisme :

"Si le premier moyen (se rapportant aux dimensions nationales) est bien fondé, on pourrait dire que l'encouragement ou la limitation de la croissance économique ou la protection de l'environnement, sont devenus des problèmes nationaux et constituent des matières d'intérêt national transcendant les intérêts provinciaux locaux et relevant donc de la compétence législative exclusive du Parlement (...). Il n'est pas difficile de voir où mène ce raisonnement : un aspect fondamental de la constitution, son caractère fédéral, la distribution des pouvoirs contre le Parlement et les législatures provinciales, disparaîtrait rapidement" (2).

Dans ce remarquable renversement jurisprudentiel dans le domaine de l'utilisation de la théorie des dimensions nationales, l'attitude du Juge en chef LASKIN reste, pour le moins, significative. Ce dernier, partisan convaincu d'un fédéralisme centralisé (3), a toujours prôné une interprétation souple et réaliste du partage des compétences. A cet égard, demeure-t-il, en l'espèce, fidèle à ses idées :

(1) CHEVRETTE F. & MARX H. : "Anti-inflation Act - constitutionality - national emergency - peace, order and good government buried", R.B.C., 1976, vol. 54, p. 743.

(2) (1976) R.C.S. 373, p. 445.

Le Juge RICHTIE considère quant à lui : "(...) j'estime qu'il est admis qu'à moins que cet intérêt ne découle de circonstances exceptionnelles qui constituent une situation d'urgence nationale, le Parlement n'a pas le pouvoir de légiférer, sous le couvert de la clause de "la paix, l'ordre et le bon gouvernement" à l'égard de matières qui, en vertu de l'art. 92 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, relèvent de la compétence exclusive des provinces". (ibid., p. 437).

(3) cf. LASKIN B. : "Peace, order and good government re-examined", R.B.C. 1947, op. cit., p. 1067.

L'auteur affirme, par ailleurs, que "l'autonomie provinciale est synonyme de paralysie nationale. Plus nous avons de la première, plus nous avons de la seconde", ("Reflections on the canadian constitution", R.B.C., 1967, vol. 45, p. 401).

"(...) je ne vois pas comment, écrit-il, la Cour pourrait, en s'en tenant à son rôle de surveillance en matière de distribution du pouvoir législatif, interdire à l'avance le recours au pouvoir général ou à tout autre pouvoir législatif, sans égard aux situations qui pourraient un jour se présenter. Cela ne veut pas dire qu'il faut remettre en question des cas clairs, mais seulement qu'il faut considérer une constitution appelée à répondre aux besoins du Canada dans les années à venir comme un instrument flexible susceptible de s'adapter à un monde en évolution" (1).

Cette profession de foi, toute en allusion et sous-entendus, pour une interprétation jurisprudentielle finaliste est un modèle du genre. Toutefois, sur le recours à la théorie des dimensions nationales, le Juge en Chef ne se prononce pas. En ne l'acceptant pas explicitement sans en condamner le recours (2), ce dernier s'enferme dans un silence au demeurant ambigu.

Quelle peut être la portée de l'avis de 1976 quant à l'utilisation de la théorie des dimensions nationales par la Cour ? Il nous semble prématuré, à cet égard, de déterminer si ce jugement consacre un réel changement de cap jurisprudentiel ou si l'on doit l'analyser comme une décision circonstancielle (3). Il y aurait lieu, toutefois, de penser qu'en se rabattant en l'espèce sur la théorie de l'urgence nationale, la Cour Suprême ait voulu prendre une voie médiane entre le respect de l'autonomie provinciale et les exigences

(1) (1976) R.C.S. 373, p. 412.

(2) Celui-ci écrit : "Cette Cour pourra plus tard décider (...) qu'une législation valide, dans les circonstances envisagées au moment de son adoption, peut cesser de l'être dans des circonstances différentes qui l'auraient également rendue invalide au moment de son adoption" (ibid., p. 427).

(3) Si l'avis de 1976 semble avoir apparemment enterré la théorie des dimensions nationales, les écrits pour le moins ambigus du Juge en Chef et par ailleurs le fait qu'un tel rejet ne figure pas dans le corps même de la *ratio decidendi* de la décision nous incitent à une prudence. C'est dire combien la résurrection de cette théorie "(...) ne devrait pas être écartée" (CHEVRETTE F. & MARX H. : "Anti-inflation Act - constitutionality - national emergency - peace, order and good government buried", op. cit., p. 743).

d'un fédéralisme centralisé (1).

Il conviendra, dès lors, d'examiner les raisons qui ont pu pousser la Cour Suprême à réactiver la théorie de l'urgence nationale.

Paragraphe 2 - La réactivation de la théorie de l'urgence nationale

A l'instar de la théorie des dimensions nationales, la théorie de l'urgence nationale résulte d'une interprétation jurisprudentielle du pouvoir général du Parlement fédéral. Cette théorie permettrait au gouvernement fédéral de légiférer, en période de crise, dans n'importe quel domaine de la compétence provinciale et cela sur une base temporaire. La théorie de l'urgence nationale reviendrait ainsi "(...) à une suspension provisoire du partage des pouvoirs au bénéfice de l'autorité fédérale en cas de circonstances passagères et très exceptionnelles" (2). Ainsi à la différence de la théorie des dimensions nationales, la théorie de l'urgence nationale ne s'applique qu'à des situations temporaires :

"Lorsque la théorie de l'intérêt national s'applique, ses effets sont permanents même s'ils restent limités par la nature du sujet dont le caractère de dimension nationale vient d'être reconnu. A l'opposé, le pouvoir du Parlement de légiférer dans une situation critique n'a d'autres limites que celles qui sont dictées par la situation. Mais l'une de ces limites est le caractère temporaire des circonstances critiques" (3).

(1) GIBSON D. mesurait à cet égard l'importance de l'enjeu dans la question posée à la Cour : "Si elle adopte une vue trop restrictive sur le pouvoir résiduaire, la capacité du Canada de répondre, d'une manière effective en tant que nation, à de sérieux défis extérieurs ou intérieurs peut être affaiblie. Si, d'un autre côté elle traite la clause "paix, ordre et bon gouvernement" trop généreusement, l'autonomie des provinces qui est essentielle à un fédéralisme sain et qui se trouve toujours sous la menace de sources différentes, peut être sérieusement mise en danger", ("Measuring "national dimensions"" op. cit., p. 36).

(2) CHEVRETTE F. & MARX H. : "En matière de fédéralisme, la théorie de l'urgence est une théorie qui a, elle aussi, le bras long", op. cit., p. 5.

(3) Renvoi relatif aux questions soumises sur la validité de la loi anti-inflation (1976) R.C.S. 373, Juge BEETZ, p. 461).

C'est dans l'arrêt *Fort Frances Pulp v. Manitoba Free Press* que la doctrine de l'urgence fut appliquée pour la première fois par le Comité Judiciaire (1). Afin de prévenir toute utilisation abusive de cette théorie, le tribunal londonien s'était attaché à limiter l'état d'urgence à des situations précises et circonscrites dans le temps mettant véritablement le pays en danger (2). Par ailleurs il était bien entendu que l'application de l'urgence nationale ne devait faire obstacle à l'exercice de la compétence provinciale. En paraille circonstance, "les législatures provinciales conservent le contrôle général sur les droits civils et la propriété pour des fins normales" (3).

Un autre trait du pouvoir d'urgence nationale tient à son caractère explicite. De fait, depuis la fin de la dernière guerre mondiale, le gouvernement fédéral a-t-il adopté diverses mesures législatives en vertu d'un tel pouvoir (4).

Les responsabilités de la Cour Suprême dans son appréciation de l'état d'urgence se situent à deux niveaux. D'une part, il lui faut déterminer si une situation est suffisamment critique pour nécessiter le recours au pouvoir d'urgence nationale. D'autre part se pose le problème de la durée de l'urgence : à partir de quels critères, la Cour Suprême peut décider qu'une situation d'urgence ne prévaut plus ?

(1) "Dans l'éventualité d'une guerre, lorsque l'existence de la communauté ne peut être préservée que par des recours extraordinaires (...) des questions peuvent surgir, en raison des circonstances particulières créées par l'état d'urgence nationale, qui ne concernent rien d'autre que la paix, l'ordre et la bonne administration du pays tout entier" (1923) A.C. 695, p. 794).

(2) Le Comité Judiciaire parle de "(...) situation suffisamment critique (...)" (ibid., p. 704).

(3) Ibid., p. 704.

(4) Pendant et après la deuxième guerre mondiale, le Parlement fédéral a voté plusieurs lois d'urgence : Loi de 1947 sur les pouvoirs transitoires résultant de circonstances critiques nationales, S.C. (1945) c. 25 ; Loi de 1947 sur le maintien de mesures transitoires, S.C. (1947) c. 16 ; Loi sur les pouvoirs d'urgence (1951) S.R.C. 1952, c. 96.

Par ailleurs d'autres mesures relatives à des situations d'urgence en temps de paix ont été votées par le Parlement d'Ottawa : Loi sur les ressources en eau du Canada, S.C. 1969-70, c. 52 ; Loi sur les mesures de guerre, S.R.C. 1970, c. W-2 ; Loi d'urgence sur les approvisionnements d'énergie, S.C. 1973-1974, c. 52.

A - La qualification de la situation d'urgence

La qualification d'une situation critique ne pose pas de difficultés lorsqu'il s'agit d'une période de guerre, de troubles ou de calamités naturelles. Dans de telles circonstances exceptionnelles, le recours au pouvoir d'urgence nationale s'impose comme une nécessité première. Un contexte de cette nature justifie dès lors un accroissement sensible des compétences des autorités fédérales au détriment de l'autonomie provinciale.

Il n'en va pas de même en période de paix lorsqu'il y a lieu d'apprécier si des mesures votées par le Parlement fédéral se rapportent réellement à une situation d'urgence. C'est dire combien dans des situations où le recours au pouvoir d'urgence peut prêter à controverse, il importe que l'ordre judiciaire veille à ce que le Parlement fédéral n'envahisse pas abusivement le champ législatif réservé à la compétence provinciale (1).

L'avis de 1976 portant sur la validité de la loi fédérale anti-inflation offre, à cet égard, un exemple significatif. Par une majorité de sept contre deux, la Cour Suprême a conclu à la validité de la loi fédérale au titre de la situation d'urgence que créait lors de son adoption le taux élevé d'inflation (2).

Dans une critique fort argumentée de la décision majoritaire, le juge BEETZ considère que le rôle de la Cour aurait été de vérifier scrupuleusement si les conditions de l'urgence nationale étaient réunies :

"Le caractère extraordinaire du pouvoir d'urgence du Parlement (...) ne peut laisser subsister une ambiguïté, même pas le moindre, qu'il faudrait trancher par voie d'interprétation (...). Il incombe aux tribunaux de faire observer la constitution, non d'entériner sa suspension, et à moins que le Parlement n'ait

(1) Le Comité Judiciaire s'est toujours montré vigilant dans la détermination d'une situation d'urgence : "Il suffit d'attirer l'attention sur les expressions (...) "circonstances anormales", "conditions exceptionnelles", "degré de nécessité" (...) pour indiquer que la présente cause est loin de remplir les conditions permettant de déroger à la répartition normale des pouvoirs prévue aux articles 91 et 92", (Procureur Général du Canada v. Procureur Général de l'Ontario (1937) A.C. 326, p. 353).

(2) Le Juge LASKIN déclare : "(...) je suis d'avis que la loi anti-inflation (...) vu les circonstances où elle a été adoptée et compte tenu de son caractère temporaire, elle n'empiète pas sur la compétence législative des provinces" (R.C.S. 373, p. 427).

expressément invoqué le pouvoir très exceptionnel de déclarer une suspension, ils ne peuvent en conclure que celle-ci est justifiée" (1).

Or, affirme le Juge BEETZ, les considérants (2) de la loi anti-inflation sont trop ambigus pour justifier une situation d'urgence (3). La ferme opposition de ce dernier à tout empiètement abusif du Parlement fédéral révèle, à cet égard, une saine perception du fédéralisme. Refusant toute dénaturation du système fédéral, l'attitude du juge BEETZ s'appuie sur la conviction qu' "(...) il doit y avoir des limites réalistes au pouvoir législatif du Parlement" (4).

Certes, la Cour Suprême a préféré la théorie de l'urgence nationale à celle des dimensions nationales. Si l'impact centralisateur de la décision s'en trouve, de ce fait, amoindri, il n'en disparaît pas pour autant (5). Le gouvernement fédéral peut être satisfait du jugement rendu : il a obtenu ce qu'il voulait (6). Celui-ci pourra désormais, avec la bénédiction de la Cour Suprême, interpréter et modifier unilatéralement le partage des compétences en sa faveur. Peu importe qu'il s'agisse d'une pseudo situation d'urgence. La Cour n'en a cure et se refuse par conséquent de statuer sur son bien fondé (7). C'est dire combien la décision du haut tribunal canadien

(1) Ibid., p. 463-464.

(2) Le préambule de la loi anti-inflation, faisant référence au taux d'inflation élevé, fait état de "(...) la gravité du problème national posé par sa réduction et son endiguement".

(3) Le Juge BEETZ écrit : "Rien dans le reste de la loi et des indicateurs ne démontre que leur adoption vise à faire face à une situation d'urgence nationale".

cf. RYAN C. : "La Cour Suprême et les deux lièvres d'Ottawa", *Le Devoir*, 14 juillet 1976, p. 4.

(4) MacKENZIE J.A. : "The anti-inflation Act and peace, order and good government", O.L.R. 1977, vol. 9, p. 174.

cf. LYON J.N. : "The anti-inflation Act reference : two models of canadian federalism", O.L.R. 1977, vol. 9, p. 182.

(5) CHEVRETTE F. & MARX H. : "La nature décentralisée du jugement dans l'avis sur l'Acte anti-inflation est relative", ("Anti-inflation Act, constitutionality - national emergency - peace, order and good government buried", op. cit., p. 738).

(6) Le gouvernement fédéral joua sur les deux tableaux en invoquant dans son argumentation la théorie des dimensions nationales et celle de l'urgence nationale.

(7) "(...) la sagesse, l'opportunité où les chances de succès d'une politique exprimée dans une loi ne sont pas sujettes à un examen judiciaire" (Juge LASKIN, R.C.S. 373, p. 424-425).

"(...) se trouve, par conséquent, ouvrir toutes grandes les portes aux abus et à la centralisation" (1).

En dispensant ainsi le Parlement fédéral de faire la démonstration de l'urgence nationale, la Cour Suprême en admet implicitement la justification. Soumise à l'appréciation discrétionnaire et subjective des autorités fédérales, la qualification de l'urgence nationale peut déboucher, dès lors, sur de graves détournements de compétence au détriment des provinces.

En est-il de même quant à l'appréciation de la durée de l'urgence nationale ?

B - L'appréciation de la durée de l'urgence

De par son caractère temporaire, l'état d'urgence nationale doit nécessairement disparaître avec la fin de la situation critique. Or, il revient aux tribunaux de résoudre le délicat problème de déterminer quand se termine exactement une telle situation d'exception. Dans la mesure où une situation d'urgence ne se justifie plus par les circonstances, elle doit prendre fin et permettre ainsi à nouveau un partage équilibré des compétences. "S'il est évident, déclarait à cet égard Lord WRIGHT, que l'urgence ne s'est pas produite ou n'existe plus, il n'y a rien qui puisse justifier l'exercice ou le maintien des pouvoirs exceptionnels" (2).

Or, il peut advenir qu'une situation d'urgence puisse se prolonger un certain temps après la période critique. Une telle éventualité s'avère lourde de conséquences au plan de la répartition des compétences. En effet, sur quel critère le tribunal doit-il se baser pour décider qu'une situation d'urgence n'a plus de raison d'être et que dès lors toute immiscion fédérale dans le domaine provincial doit être condamnée ? Le Comité Judiciaire avouait, en

(1) TREMBLAY R. : "Les implications dangereuses de la décision de la Cour Suprême sur la constitutionnalité de la loi anti-inflation", Le Devoir, 30 juillet 1976, p. 5.

cf. LEDERMAN W.R. : l'auteur considère que le recours trop fréquent du pouvoir d'urgence nationale par le gouvernement fédéral risquerait de mettre en "(...) danger l'intégrité de la division des pouvoirs législatifs(...)", ("Continuing constitutional dilemmas : the supreme court and the federal anti-inflation Act of 1975", op. cit., p. 96).

(2) Co-operative Committee on Japanese Canadians v. Procureur Général du Canada (1947) A.C. 87, p. 101.

l'espèce, hésiter grandement à se prononcer sur "(...) un problème de cette nature qui est essentiellement un problème politique" (1).

La Cour Suprême fut confrontée à un tel problème dans l'avis rendu sur la validité des règlements sur les baux en temps de guerre (2). Ces règlements avaient été édictés en 1941 en vertu de la loi sur les mesures de guerre. Après la fin de la guerre, ils étaient restés en vigueur dans les provinces canadiennes sous les auspices de la loi sur les pouvoirs transitoires de 1945 et par la suite de la loi sur le maintien des mesures transitoires de 1947. Il était demandé à la Cour Suprême si de tels règlements relevaient toujours, en tout ou en partie, de la compétence du gouvernement fédéral.

En se prononçant en faveur du Parlement fédéral, le tribunal canadien rendait un jugement surprenant et quelque peu contestable (3). En, effet, la majorité des juges, tout en reconnaissant que ces règlements entraient normalement dans le champ des prérogatives provinciales (4), maintenaient la compétence fédérale "(...) pour faire face à l'urgence et à sa continuation" (5), S'en tenant strictement à la règle formulée en la matière (6)

(1) *Fort Frances Pulp v. Manitoba Free Press* (1923) A.C. 695, p. 704.

(2) Renvoi relatif à la validité des règlements sur les baux en temps de guerre (1950) R.C.S. 124.

(3) BROSSARD J. considère qu'à travers cet arrêt, "(...) on imagine facilement les applications possibles d'une aussi large interprétation", ("La Cour Suprême et la constitution - le forum constitutionnel du Canada", op. cit., p. 207).

cf. BRUN H. & TREMBLAY G. : "Droit Public Fondamental", op. cit., p. 156. Pour MacDONALD V.C., cet arrêt illustre, en revanche, "une juste application des pouvoirs d'urgence implicites (...)", ("Legislative power and the supreme court in the fifties", op. cit., p. 12).

Toutefois en 1951, la Cour Suprême adoptait une attitude plus rigoureuse en matière d'urgence nationale : dans l'arrêt *Canadian Wheat Board v. Nolan* (1951) R.C.S. 81, le juge TASCHEREAU déclarait invalide une ordonnance en Conseil passée sous l'autorité de la loi fédérale sur les pouvoirs d'urgence (p. 92-93).

(4) Juge RINFRET, p. 130 : "Il est indubitable qu'en temps normal des loyers relèvent de la compétence provinciale sous le chef propriété et droits civils de l'article 92 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique", cf. id. Juge TASCHEREAU, p. 140 ; Juge ESTEY, p. 159.

(5) Juge RINFRET, p. 131.

(6) Le Comité Judiciaire déclarait qu' "(...) il faut une preuve très claire que l'urgence n'est pas survenue ou qu'elle n'existe plus pour que le pouvoir judiciaire puisse, même s'il s'agit d'une question d'ultra vires, annuler la décision du Parlement du Canada portant que les mesures exceptionnelles étaient nécessaires ou doivent être maintenues", (*Co-operative Committee on Japanese Canadians v. Procureur Général du Canada* (1947) A.C. 87, p. 101)

par le Comité Judiciaire, la Cour Suprême note ainsi qu'aucun indice notoire n'a apporté la preuve de la disparition de l'urgence.

On retrouve semblable attitude de la Cour dans l'avis de 1976. En effet, celle-ci n'avance aucun critère qui pourrait permettre d'apprécier, en la circonstance, la durée de l'urgence. La Cour s'en remet, à cet égard, à la discrétion purement subjective des autorités fédérales. Cette sorte de démission judiciaire est grave de conséquences en ce qui concerne le partage des compétences. De fait, malgré son caractère temporaire, une loi d'urgence peut s'appliquer fort longtemps, voire pour une période indéterminée (1).

C'est dire combien la théorie de l'urgence nationale peut se révéler au plan constitutionnel aussi nocive que la théorie des dimensions nationales. En choisissant de réactiver la théorie de l'urgence nationale au détriment des dimensions nationales, la Cour Suprême ne se détourne pas véritablement d'une orientation jurisprudentielle favorable à une centralisation du partage des compétences (2).

(1) Une motion de la Chambre des Communes pourrait prolonger la durée de l'urgence.

(2) A l'instar de la théorie des dimensions nationales, la théorie de l'urgence s'avère aussi, quant à l'orientation du fédéralisme canadien : "(...) une théorie qui a le bras long", ("En matière de fédéralisme, la théorie de l'urgence est une théorie qui a, elle aussi, le bras long", op. cit., p. 5.

SECTION II - LES VOIES ORDINAIRES DE LA CENTRALISATION

Beaucoup plus que par des voies exceptionnelles, l'interprétation jurisprudentielle des dispositions ordinaires de l'A.A.N.B. de 1867 par la Cour Suprême a placé le gouvernement fédéral en position de force par rapport aux provinces.

En élaborant une jurisprudence sensiblement centralisatrice dans les domaines de l'activité commerciale et du droit criminel, la Cour Suprême comblait les espérances de beaucoup d'adversaires du Comité Judiciaire. Ces derniers, en effet, reprochaient essentiellement au tribunal londonien d'avoir "(...) eu tendance à limiter les pouvoirs de l'Etat central (...) par le freinage imposé à l'exercice de sa compétence sur le droit criminel, l'industrie et le commerce" (1).

Il conviendra, dès lors, d'analyser dans quelle mesure la jurisprudence de la Cour Suprême a favorisé le rétablissement complet, sinon excessif de la compétence fédérale dans le champ de l'activité commerciale et dans celui du droit criminel.

Paragraphe 1 - Le rétablissement des prérogatives fédérales dans le domaine de l'activité commerciale

Le raffermissement de la compétence fédérale dans le secteur de l'activité commerciale n'est pas le résultat d'une interprétation jurisprudentielle édulcorée de la constitution de 1867. Au contraire, l'orientation centralisatrice de la Cour Suprême en la circonstance s'est appuyée sur une interprétation stricte, voire très rigide des dispositions relatives au partage des compétences entre les deux ordres de gouvernement.

(1) OUELLETTE Y. : "Les frères ennemis : la théorie de la qualification face à la législation déguisée - Une introduction à la jurisprudence politique", op. cit., p. 44.

cf. BEETZ J. : "(...) le Conseil Privé a réduit considérablement l'étendue de certaines compétences fédérales, particulièrement celle relative à la réglementation de l'industrie et du commerce (...)", ("Les attitudes changeantes du Québec à l'endroit de la constitution de 1867", op. cit., p. 119).

Notre démarche nous conduira à analyser successivement l'oeuvre jurisprudentielle de la Cour Suprême portant sur le transport commercial, les entreprises commerciales et enfin les échanges commerciaux proprement dits.

A - La jurisprudence de la Cour Suprême en matière de transport commercial

Il conviendra de souligner l'impact jurisprudentiel de la Cour tant dans le domaine du transport routier, maritime et aérien.

1 - Le transport routier

Si les provinces disposent d'une totale latitude quant à la réglementation des routes de la province tant au point de vue de leur entretien que du contrôle de leur usage, elles ne peuvent toutefois entraver les activités des entreprises de transport à caractère interprovincial reliant une province à l'autre ou dont les opérations excèdent les limites de la province. A cet égard l'autorité fédérale sur les entreprises de transport qui dépassent dans leur activité les limites d'une seule province, découle des dispositions minutieuses de l'alinéa 10 de l'article 92 de l'A.A.N.B. de 1867 (1).

Dès lors le problème essentiel d'interprétation est de déterminer à partir de quel moment l'activité d'une entreprise déborde-t-elle la limite d'une province et tombe, de ce fait, sous la juridiction de l'autorité fédérale. En d'autres termes, sur quels critères la Cour Suprême s'est-elle fondée pour distinguer le transport intraprovincial du transport interprovincial ?

Le Comité Judiciaire, à cet égard, n'entendait pas opposer aussi rapidement le transport intraprovincial du transport interprovincial. Il ne pouvait y avoir opposition mais distinction mesurée. En effet, pour les juges

(1) Article 92 : "Dans chaque province, la Législature a le droit exclusif de légiférer sur les matières qui rentrent dans les catégories de sujets ci-après énumérés :

10 - Les ouvrages et entreprises d'une nature locale, autres que ceux énumérés dans les catégories suivantes :

a) Les lignes de bateaux à vapeur ou autres navires, les chemins de fer, les canaux, les lignes de télégraphe et autres ouvrages reliant la province à une autre ou d'autres, ou s'étendant au-delà des frontières de la province.

londoniens, une entreprise empruntant un réseau fédéral pouvait dans certaines circonstances conserver son caractère d'entreprise locale même pour la partie du réseau local situé sur le réseau fédéral (1).

Par ailleurs, le tribunal londonien dégagait le principe de la circulation continue de l'entreprise dont l'exploitation débordait le cadre d'une seule province et qui relevait, par conséquent, de la compétence fédérale (2). C'était donc là une approche jurisprudentielle souple susceptible de créer une base d'entente mutuelle entre les deux ordres de gouvernement (3).

Avec la Cour Suprême, on assiste, en revanche, à l'affirmation d'une conception plus restrictive que le Comité Judiciaire.

Une telle conception trouva son illustration dans l'affaire Winner (4) dans laquelle la Cour eut à résoudre la question de l'étendue de la compé-

(1) "Le droit auquel on prétend dans cette affaire est en vérité le droit absolu pour le Parlement du Dominion, partout où un réseau fédéral et un réseau provincial local se raccordent d'établir, quelles qu'en soient les conséquences, cette double autorité sur ce dernier réseau chaque fois qu'il existe un trafic en transit entre eux, d'une nature telle tout au moins qu'il aboutisse à une discrimination injuste entre des catégories quelconques des clients du premier de ces réseaux. De l'avis de leurs Seigneuries, ce droit et ce pouvoir ne sont pas nécessairement incidents à l'exercice par le Parlement du Canada de sa compétence et de son autorité incontestées sur les réseaux fédéraux et ils constituent donc, dans leur esprit, une immixtion que rien n'autorise dans les droits de la législature de la province de Québec", (Cité de Montréal v. Compagnie de Tramways de Montréal (1912) A.C. 333, p. 345-346).

(2) Dans l'arrêt Procureur Général de l'Ontario v. Winner (1954) A.C. 541, le Comité Judiciaire considérait que "Quelles que soient les mesures ou réglementations qu'une province puisse imposer à l'égard de ses routes, elle ne peut empêcher ou restreindre la circulation interprovinciale" (p. 580). C'était implicitement reconnaître la compétence fédérale en matière de transport interprovincial.

(3) "(...) tant que le service de transport continu se fait sur un réseau fédéral, il peut être régi par le Parlement du Canada ; et lorsqu'il est opéré sur un réseau provincial, non fédéral, il peut être régi par la législature provinciale (...)", (Cité de Montréal v. Compagnie de Tramways de Montréal (1912) A.C. 333, p. 346).

(4) Winner v. S.M.T. Eastern ltd (1951) R.C.S. 887.

tence provinciale sur les routes du Nouveau Brunswick. Les faits sont clairs : en juin 1949, l'appelant Winner avait obtenu un permis lui permettant de faire circuler ses autobus, sous réserve qu'il ne devait ni prendre ni déposer de voyageurs sur son parcours dans la province. Au mépris de cette restriction, il prend et dépose des voyageurs sans avoir égard ni à leur point de départ ni à leur destination.

La Cour examina le bien fondé du droit invoqué par le Nouveau Brunswick de réglementer et de surveiller sans aucune limitation toute la circulation de cet ordre sur ses routes. Or, contre toute attente, le tribunal canadien estima que dans le domaine du transport routier, l'intérêt du Canada dépassait ceux des provinces :

"La vie civile dans ce pays, déclare le Juge RAND, est faite d'activités et de relations inextricables qui sont de la compétence à la fois du Parlement et des législatures ; le fait d'empêcher quelqu'un d'utiliser les routes bouleverserait des secteurs qui ressortissent à ces deux compétences (...). La province est donc considérée en quelque sorte le dépositaire en fiducie de ses routes, dans le but de permettre à la vie de l'ensemble du pays de continuer ; elle les met à la disposition du public canadien tout entier et non pas seulement ou principalement à celle du public du Nouveau Brunswick" (1).

L'argumentation de la Cour s'avère d'autant plus significative qu'elle se base sur le statut de citoyenneté pour asseoir la prééminence du fait canadien et par conséquent fédéral sur le fait provincial. En estimant ainsi que la citoyenneté relevait de la compétence du gouvernement fédéral, la Cour Suprême privilégiait implicitement les objectifs unitaires de la constitution de 1867 (2).

La démarche jurisprudentielle de la Cour s'incrit dès lors dans une volonté de cimenter la communauté canadienne, à travers le statut de citoyenneté. De ce fait, les particularités géographiques des provinces doivent s'effacer devant l'entité du Dominion. Aussi, les liaisons reliant les provinces entre elles, en l'occurrence les routes, concourent à sceller l'unité du Canada. Du fait même que "(...) le privilège d'utiliser les routes est également un attribut essentiel du statut de citoyen canadien" (3), l'incidence d'un tel statut était "(...) le droit de passage à travers le Dominion" (4).

(1) Ibid., p. 920.

(2) Le juge RAND déclare : "(...) la citoyenneté est la base de l'organisation politique parce qu'elle présente un caractère national (...)", *ibid.*, p. 919.

(3) Ibid., p. 920.

(4) TORRANCE J.G. : "B.N.A. Act S.92 (10)(a) - can an "undertaking" be split ? - Winner v. S.M.T. (Eastern) Ltd", U.T.S.L.R., 1951-1953, bols 9-11, p. 65.

Il peut sembler, dès lors, étonnant qu'un concept aussi vague que le statut de citoyenneté (1) ait pu être utilisé par la Cour Suprême pour justifier de la sorte la compétence du gouvernement fédéral.

Dans l'arrêt *Coughlin v. The Ontario Highway Transport Board* (2) la Cour Suprême rappelait avec force le principe selon lequel l'utilité d'un ouvrage ou les activités d'une entreprise excédant les limites d'une seule province relèvent de l'autorité législative du gouvernement fédéral:

"Dans l'affaire qui nous est soumise, estime à cet égard le Juge CARTWRIGHT, la commission intimée ne tient de la législature de l'Ontario aucun pouvoir de réglementer le transport interprovincial de marchandises, ni de s'en occuper" (3).

La Cour Suprême faisait, en l'espèce, preuve d'une stricte orthodoxie jurisprudentielle en considérant que toute législation en matière de transport interprovincial "(...) entre en totalité dans la compétence législative du Parlement" (4).

Dans le domaine du transport ferroviaire, la rigidité de l'interprétation jurisprudentielle de la Cour Suprême favorisait une nouvelle fois le gouvernement fédéral. Ainsi dans l'affaire *Board of Transport Commissioners* (5), le gouvernement de l'Ontario avait-il décidé d'exploiter un service de trains de banlieue, tout en utilisant son matériel roulant sur la voie des chemins de fer nationaux. Il s'agissait, dès lors, de savoir si un tel service faisait partie de ces chemins de fer et par conséquent relevait de la juridiction du Parlement fédéral.

Le jugement du haut tribunal révèle, à cet égard, aucune complaisance à l'endroit de l'autonomie provinciale. Si la Cour reconnaît que le service de trains de banlieue peut être assimilé à un service de district, ce dernier n'en forme pas pour autant "(...) une ligne distincte du chemin de fer" (6). Soulignant, par ailleurs, que "les chemins de fer canadiens

(1) McWHINNEY E. parle du "(...) concept très général et ambigu des 'droits du citoyen canadien' ", ("Constitutional law-provincial regulation of Commerce - Mr. Justice Rand and the inherent rights of the canadian citizen", R.B.C. 1952, vol. 30, p. 836).

(2) *Coughlin v. The Ontario Highway Transport Board* (1968) R.C.S. 569.

(3) p. 575.

(4) p. 576.

(5) *La Reine v. Board of Transport Commissioners* (1968) R.C.S. 118.

(6) p. 127.

s'étendent au-delà des limites de la Province de l'Ontario" (1) et qu'en outre le chemin de fer est soumis à la compétence fédérale, la Cour Suprême conclue :

"Il est clairement établi que le Parlement du Canada a juridiction sur toute chose qui physiquement forme une partie du chemin de fer soumis à sa juridiction" (2).

Il y a dans cette argumentation jurisprudentielle une certaine désinvolture à l'égard des prérogatives de la province de l'Ontario. Jugement, certes irréprouvable sur le plan strictement juridique, il laisse cependant transparaître un parti-pris évident de la Cour en faveur du gouvernement fédéral.

2 - Le transport maritime

Le transport maritime est régi par l'article 91, alinéa 13 (3) qui attribue au Parlement fédéral une juridiction exclusive sur les traversiers. Leur mission est d'assurer le passage soit d'une province à l'autre, soit d'une province à un autre pays. Tout autre traversier, à moins de tomber sous le coup des dispositions de l'article 92 (10a) relève de la juridiction provinciale. Par ailleurs, l'article 91 alinéa 10, stipule que le Parlement fédéral a pleine juridiction sur "la navigation et les expéditions par eau". Il s'agissait, dès lors, pour la Cour Suprême, de déterminer, en se fondant sur ces dispositions, le caractère intraprovincial ou interprovincial du transport maritime.

Une première occasion lui fut offerte dans l'arrêt *Eastern Canada Stevedoring* (4). Dans cette affaire, la Cour avait à juger si les opérations de la Compagnie de navigation Canada Stevedoring relevaient du transport

(1) p. 126.

(2) p. 127.

(3) Les traversiers entre une province et un pays britannique ou étranger, ou entre deux provinces.

(4) Renvoi relatif à la validité de la loi sur les relations industrielles et sur les enquêtes visant les différends du travail (1955) R.C.S. 529.

intraprovincial ou non. L'appréciation s'avérait difficile dans la mesure où cette compagnie rendait seulement des services en relation avec l'expédition de marchandises par des bateaux à travers différents ports du Canada. Les Procureurs de la Canada Stevadoring estimaient, non sans raison que le transport par bateaux à l'intérieur d'une province relevait, quelque soit son incidence, du transport intraprovincial.

Dans une décision pour le moins surprenante, la Cour Suprême en concluait à l'exclusivité de la juridiction fédérale aux termes de l'article 91 alinéa 10 :

"A mon avis, déclare le juge CARTWRIGHT, la présente opération des bateaux et l'accomplissement de tels actes qui sont des éléments essentiels du "transport par bateau" relèvent des termes "navigation et expéditions par eau" de l'article 91(10) et par conséquent de la juridiction du Parlement même dans le cas d'une compagnie de navigation purement intraprovinciale" (1).

C'est bien là une curieuse manière d'apprécier le transport interprovincial ! Tout donne à penser que la Cour Suprême tend à subordonner au transport interprovincial l'activité maritime intraprovinciale des provinces.

Pourtant dans l'arrêt *Agence Maritime Inc. v. Conseil canadien des Relations ouvrières* (2), le tribunal canadien adoptait une attitude nettement plus favorable aux intérêts provinciaux.

En l'espèce, la Cour avait à déterminer si, comme le prétendait le Conseil Canadien des Relations ouvrières, organisme relevant de la compétence du Parlement, l'entreprise de l'Agence Maritime entraînait dans l'une des catégories d'entreprises mentionnées à l'article 53 de la loi fédérale sur les différends de travail (3).

La Cour, par la voix du Juge FAUTEUX fit droit au pourvoi de l'appellante contre le Conseil canadien en jugeant que l'entreprise relevait de la juridiction provinciale :

(1) p. 583.

(2) (1969) R.C.S. 851.

(3) Loi sur les différends du travail, S.R.C. 1952, ch. 152, art. 53.

"En regard des faits dont nous devons tenir compte (...), il nous faut conclure que les opérations maritimes de l'appelante se limitent au territoire de la province de Québec" (1).

Par un tel jugement, la Cour consacrait le caractère intraprovincial des opérations maritimes de l'agence. A l'appui de leur décision, les juges de la Cour invoquèrent les articles 91(29) et 92(10) qui avaient "(...) collectivement pour effet d'exclure de la compétence du Parlement les entreprises de transport maritime dont les opérations sont effectuées strictement à l'intérieur d'une même province" (2).

En rejetant les prétentions fédérales, le jugement de la Cour rappelait opportunément le principe selon lequel les entreprises à l'activité intraprovinciale ne sauraient être régies par une législation fédérale.

3 - Le transport aérien

Dans un pays aussi vaste que le Canada, les transports aériens se sont révélés très vite un moyen indispensable pour franchir de grandes distances. Il n'y a pas lieu, dès lors, de s'étonner que le Comité Judiciaire ait décidé qu'un domaine si vital pour les intérêts économiques du pays relève de la juridiction de l'autorité fédérale (3).

On observe, à cet égard, une continuité jurisprudentielle avec les positions prises par la Cour Suprême en ce domaine. De fait, dans l'affaire Johannesson, le tribunal canadien adoptait une attitude nettement favorable au gouvernement fédéral, balayant quelque peu les hésitations du Comité Judiciaire sur la divisibilité de la matière de l'aéronautique (4).

(1) p. 857.

(2) p. 859.

(3) Dans le renvoi relatif aux questions soumises au sujet de la réglementation et du contrôle de l'aéronautique au Canada, le Comité Judiciaire avait conclu à la compétence du Parlement en matière de navigation aérienne : "(...) la navigation aérienne est une catégorie de sujet qui a atteint des dimensions telles qu'elle intéresse le Dominion tout entier" (1932) A. C. 54, p. 76.

(4) "Il se peut qu'une infime partie de ce domaine ne soit pas de la compétence du Dominion en vertu de termes spécifiques de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique ; mais elle n'est pas non plus dévolue aux provinces en termes précis" (1932 A. C. 54, p. 76).

Pour la Cour Suprême, le domaine de la navigation aérienne doit relever de la seule et unique compétence fédérale. A cet égard, le jugement même de la haute juridiction ne laisse planer aucune équivoque possible sur l'indivisibilité des prérogatives fédérales en la matière :

"(...) je suis d'avis que les matières dont la législation provinciale a tenté de s'occuper en l'espèce étant inséparables du domaine de l'aéronautique, la compétence exclusive du Parlement s'y étend. La législation fédérale existante (...) illustre bien l'indivisibilité du sujet de l' "aéronautique". Cette législation démontre également qu'il ne reste de place à l'exercice de la législation provinciale en cause à un quelconque titre local ou provincial" (1).

En considérant ainsi que "(...) la direction et le contrôle de l'aéronautique sous tous ses aspects entrent entièrement dans la compétence exclusive du Parlement (...)" (2), la Cour dénie implicitement aux provinces une quelconque autorité sur les activités relatives à la navigation aérienne se déroulant à l'intérieur des limites territoriales de la province. La ferme résolution de la Cour Suprême de rejeter ainsi toute compétence provinciale en l'espèce revêtait un caractère sinon arbitraire, du moins excessif.

B - La jurisprudence de la Cour Suprême en matière de statut des entreprises commerciales

Le statut des entreprises commerciales au Canada résulte essentiellement de leurs activités. A cet égard, l'article 92 (10a) de la constitution de 1867 fait une distinction fondamentale. Il stipule, en effet, que la législature provinciale a pleine et entière autorité sur l'activité des entreprises d'une "nature locale" mais que les "entreprises reliant la province à d'autres provinces, ou s'étendant au-delà des limites de la province" relevaient de la juridiction fédérale. La question est, dès lors, de déterminer si une entreprise doit être soumise, de par son activité, à la compétence fédérale ou provinciale. On mesure ainsi l'importance d'un tel choix. En effet, la soumission d'une entreprise à l'une ou l'autre des compétences entraînera nécessairement des répercussions au niveau de son statut et de sa gestion. L'on retrouve, à cet égard, la distinction classique entre une entreprise agissant dans un cadre intraprovincial et une entreprise évoluant dans le cadre interprovincial. La jurisprudence a toujours estimé qu'une entreprise intraprovinciale relevait exclusivement de la législature de la province. Cependant

(1) *Johannesson v. La Municipalité rurale de West Saint Paul* (1952) R.C.S. 292, p. 312.

(2) Juge LOCKE, p. 325.

le problème demeure plus délicat en ce qui concerne les entreprises interprovinciales. Celles-ci, en effet, conservent, dans leur cadre d'activité dans l'ensemble du Canada, des attaches économiques importantes avec chaque province. Il y a lieu, dès lors, de se demander si cet état de fait ne légitime pas une certaine compétence provinciale sur la gestion des entreprises interprovinciales.

Les décisions jurisprudentielles de la Cour Suprême témoignent indiscutablement d'une attitude nettement favorable au gouvernement fédéral. Ainsi dans l'arrêt *Campbell v. Comstock Midwestern* (1), la Cour jugeait que le contentieux des entreprises interprovinciales se rattachait à la juridiction fédérale. Le tribunal décidait, en effet, qu'une entreprise de pipe-line dont le caractère interprovincial était évident, n'était en aucune manière à se soumettre aux lois provinciales. Une telle entreprise, estima la Cour, relève exclusivement de l'autorité du Parlement :

"La mutilation d'une entreprise fédérale par une province est manifestement pas tolérable dans notre schéma de fédéralisme, et depuis le début cela a été le point de vue adopté par la législation provinciale de la nature de celle qui est devant nous" (2).

D'évidence, le schéma fédéral voulu par la Cour Suprême coïncide guère avec le respect total des prérogatives provinciales. C'est dire combien ce jugement semble entériner "(...) une vue très large de la portée du pouvoir fédéral (...)" (3).

A nouveau, la Cour Suprême utilisa le critère de l'interprovincialité d'une entreprise pour écarter toute compétence provinciale. Ainsi dans l'arrêt *Canada Stevedoring*, la Cour avait à examiner la validité d'une loi fédérale dans le domaine des relations de travail et qui s'appliquait, en l'occurrence, aux entreprises soumises à l'autorité législative du gouvernement fédéral. Dès lors, concluait la Cour, toute entreprise interprovinciale échappe à la juridiction provinciale dans le domaine du droit du travail :

"Le droit de grève et le droit à la négociation collective sont généralement reconnus de nos jours, et les décisions portant sur des sujets tels que la durée du travail, les taux de salaires, les conditions de travail et autres matières analogues constituent

(1) *Campbell Bennett Ltd v. Comstock Midwestern Ltd & al.* (1954) R.C.S. 207.

(2) Juge RAND, p. 216.

(3) WEILER P.C. : "The supreme court and the law of canadian federalism", op. cit., p. 328.

à mon avis une partie essentielle de l'administration et de l'exploitation de toute entreprise commerciale ou industrielle. Ceci étant, le pouvoir de réglementer de telles matières dans les entreprises qui tombent sous l'autorité législative du Parlement revient au Parlement et non aux législatures provinciales" (1).

En excluant, par conséquent, du champ de juridiction provinciale les matières de droit du travail se rapportant à toute entreprise interprovinciale, la Cour Suprême élargissait d'une façon quelque peu discrétionnaire le domaine de l'autorité législative du gouvernement fédéral.

Cette désinvolture de la Cour à l'endroit des prérogatives provinciales trouvait sa pleine dimension dans l'arrêt *Commission du salaire minimum v. Bell Canada* (2). Dans cette affaire, le tribunal suprême avait à juger si la loi du salaire minimum (3), relevant de la législature provinciale du Québec, pouvait s'appliquer à une entreprise qui entrait dans le cadre des alinéas a et c du paragraphe 10 de l'article 92 de l'A.A.N.B. . L'appelante soutenait, en vertu de la théorie du champ inoccupé, que la législation provinciale s'appliquait à la Compagnie Bell jusqu'à ce que le Parlement ait occupé le champ litigieux. L'intimée, en revanche, estimait qu'elle ne pouvait être assujettie à la cotisation. De par son statut d'entreprise interprovinciale, les dispositions de la loi provinciale ne pouvaient la concerner.

Dans un jugement pour le moins contestable, la Cour Suprême donna droit à la compagnie Bell. Pour les juges, une telle compagnie devait être reconnue comme entreprise interprovinciale ayant une activité d'intérêt général et par là même était soustraite à la juridiction provinciale :

"A mon avis, déclara le juge MARTLAND, toutes les matières qui constituent une partie essentielle de l'exploitation d'une entreprise interprovinciale en tant qu'entreprise active sont des matières soumises au contrôle législatif exclusif du Parlement fédéral en conformité de l'article 92(29. (...) J'estime de même que la réglementation et le contrôle de l'échelle des salaires que doit payer une entreprise interprovinciale comme celle de l'intimée est une matière qui tombe exclusivement sous le contrôle fédéral" (4).

(1) p. 592.

(2) *Commission du salaire minimum v. Bell Canada* (1966) R.C.S. 767.

(3) *Loi du salaire minimum* S.R.Q. 1964 ch. 144.

(4) p. 772. On note que la Cour Suprême fait référence en l'espèce au pouvoir déclaratoire du Parlement fédéral.

Par ailleurs, la Cour concluait à l'incompétence de la législature provinciale en rappelant que toute réglementation du domaine des relations de travail dans une entreprise interprovinciale "(...) analogue à celle de l'intimée (...)" (1) était une matière relevant de l'article 92(10) et par conséquent de la juridiction exclusive du Parlement fédéral.

En décidant, dès lors, que la compétence provinciale ne s'appliquait pas aux entreprises interprovinciales dans le domaine du droit du travail, le tribunal suprême canadien rompait avec la jurisprudence du Comité Judiciaire. De fait, dans l'arrêt *Commission des accidents du travail v. le Canadien Pacifique* (2), le tribunal londonien avait adopté une attitude sensiblement plus favorable à la législature provinciale dans une affaire relative à la situation d'une compagnie de chemin de fer (3). La Cour Suprême écarta péremptoirement cette décision parce qu'il fallait, selon elle, "distinguer entre une loi de ce genre et celle qui est à l'étude dans l'espèce présente" (4).

La décision jurisprudentielle de 1966 contredisait surtout un autre arrêt du Comité Judiciaire. En effet, dans la cause *Canadien Pacifique v. Procureur Général de la Colombie Britannique* (5), le tribunal londonien avait à déterminer si un hôtel faisait partie des ouvrages de la compagnie de chemin de fer du Canadien Pacifique reliant la Colombie Britannique à d'autres provinces ou s'il instituait une entreprise distincte.

(1) p. 777.

(2) *Commission des accidents du travail v. le Canadien Pacifique* (1920) A.C. 184.

(3) Le Comité Judiciaire considérait que la législature provinciale "(...) était compétence pour adopter des lois régissant les obligations de nature civile d'une compagnie de chemins de fer du Dominion, faisant affaire dans les limites de la province (...)" (A.C. 184, p. 192).

(4) R.C.S. 767, p. 773. Pour la Cour Suprême, l'arrêt du Comité Judiciaire ne pouvait être retenu dans la mesure où ce dernier ne parlait pas spécifiquement de l'article 92(10). Par ailleurs, le Comité londonien n'aurait pas essayé, selon la Cour, de définir l'étendue des matières sur lesquelles le Parlement fédéral a, en vertu de ce paragraphe, une autorité exclusive.

(5) *Le Canadien Pacifique v. Procureur Général de la Colombie Britannique* (1950) A.C. 122.

Un tel hôtel, jugea le Comité de Londres, exploité pourtant par une compagnie à charte fédérale, ne saurait être assimilé à une entreprise tombant sous le coup de la juridiction fédérale. Par conséquent, la province pouvait légiférer à son égard dans les domaines de sa compétence (1). Par ce jugement, le tribunal londonien démontrait un souci incontestable de protéger dans la mesure du possible les droits provinciaux sur le plan des activités s'étendant à l'ensemble du Canada :

"(...) Leurs Seigneuries ne peuvent trouver ni principe, ni arrêt qui soutienne que le Parlement du Canada est compétent pour légiférer sur une question que les paragraphes de l'article 92 (...) visent clairement, uniquement parce que l'activité de l'une des parties en cause a créé un réseau unifié, étendu et important dans le Dominion" (2).

D'orientation clairement centralisatrice, l'arrêt de 1966 n'a pas manqué de susciter des inquiétudes justifiées parmi les défenseurs de l'autonomie provinciale :

"C'est une décision extrêmement lourde de conséquences pour l'autonomie des provinces, une décision qui implique l'existence, sur leur territoire, d'ilôts qui échappent totalement à leur contrôle législatif, et cela dans les moindres détails des domaines de juridiction les plus clairement provinciaux" (3).

Sans nul doute, une rupture jurisprudentielle de cet ordre constitue-t-elle "(...) incontestablement une bifurcation inquiétante (...) " (4) vers un renforcement sensible des pouvoirs fédéraux. D'aucuns, qu'on ne pourrait suspecter de complaisance à l'endroit de l'autonomie provinciale, admettent qu'à l'évidence "(...) la province avait un intérêt légitime dans le fond en tentant de réglementer la compagnie Bell Telephone (...) " (5). L'attitude de la Cour Suprême nous apparaît d'autant plus mal fondée que le fait

(1) p. 148.

(2) p. 140.

(3) LAJOIE A. : "Le pouvoir déclaratoire du Parlement", op. cit., p. 92. cf. id. : BROSSARD J. : l'auteur se demande, à la lumière de cet arrêt "(...) s'il ne suffirait pas à n'importe quelle entreprise de se faire aussi déclarer d'intérêt général pour échapper ipso facto à la juridiction québécoise (...)", ("La Cour Suprême et la constitution - le forum constitutionnel du Canada", op. cit., p. 208).

(4) OUELLETTE Y. : "La Cour Suprême du Canada en tant qu'institution politique", op. cit., p. 44.

(5) WEILER P.C. : "The supreme court and the law of canadian federalism", op. cit., p. 340.

pour la province d'édicter une législation en matière d'emploi pour tous les travailleurs exerçant chez elle, relève légitimement d'une compétence intraprovinciale. A travers cet arrêt qui, par sa portée "(...) ne correspond guère au véritable fédéralisme" (1), il y a lieu de constater le peu de cas fait par la Cour Suprême des prérogatives provinciales.

C - La jurisprudence de la Cour Suprême dans le domaine des échanges commerciaux

Aux termes de l'alinéa 2 de l'article 91, "la réglementation des échanges et du commerce" relève de l'autorité exclusive du Parlement fédéral. Les constituants de 1867 avaient voulu, ainsi, établir le pouvoir absolu du Dominion dans un secteur qu'ils considéraient vital pour le développement du pays.

Il faut attendre 1881 pour que le Comité Judiciaire dégage de cette disposition vague un contenu jurisprudentiel précis (2). S'opposant à toute interprétation extensive de la clause, le tribunal londonien entendait prévenir une éventuelle utilisation de ce pouvoir par le gouvernement fédéral contre l'autonomie provinciale.

"(...) Le pouvoir fédéral de légiférer pour réglementer les échanges et le commerce ne comprend pas le pouvoir de légiférer pour réglementer les contrats d'un échange ou d'un commerce en particulier, tel que les affaires d'assurance incendie dans une seule province (...)" (3).

En réaffirmant par ailleurs, "(...) qu'on ne peut considérer que le pouvoir de réglementer les échanges et le commerce permette au Parlement du Dominion de réglementer les droits civils dans les provinces (...)" (4), le Comité Judiciaire s'attachait ainsi, par une interprétation aussi

(1) BONENFANT J.C. : "La Cour Suprême et le partage des compétences", op. cit., p. 28.

(2) Compagnie d'assurance des citoyens du Canada v. Parsons (1881-1882) A.C. 96, p. 111 : "(...) si l'on interprète les mots "réglementation des échanges et du commerce" (...) on voit qu'ils devraient inclure les arrangements politiques concernant les échanges qui requièrent la sanction du Parlement et la réglementation des échanges dans les matières d'intérêt provincial".

(3) Compagnie d'assurance des citoyens du Canada v. Parsons (1881-1882) A.C. 96, p. 113.

(4) Toronto electric commissioners v. Snider (1925) A.C. 396, p. 410.

restrictive, à sanctionner toute immiscion fédérale dans le champ des prérogatives provinciales. A cet égard, la ligne de partage des compétences se situait dans la distinction faite entre commerce interprovincial et commerce intraprovincial. Si le commerce interprovincial était soumis à la compétence fédérale, toute transaction commerciale intraprovinciale, soulignait le Comité, relevait de la juridiction exclusive des provinces (1).

Toutefois, ce dernier, conscient de l'imbrication croissante des économies fédérale et provinciales, reconnaissait que les pouvoirs en matière économique se partageaient de plus en plus entre le Dominion et les provinces. De fait, une coopération économique entre les deux ordres de gouvernement lui apparaissait inéluctable. Cependant, ajoutait-il non sans réserve, "(...) il faudra élaborer la législation avec prudence, et ce résultat ne saurait être atteint si les parties sortent de leur propre sphère pour empiéter sur celle de l'autre" (2).

On remarque, par conséquent, que la démarche jurisprudentielle du Comité Judiciaire dans le domaine de "la réglementation des échanges et du commerce" a toujours été dictée par le souci vigilant de protéger les provinces de tout empiètement fédéral. Jusqu'à la fin de sa carrière sur la scène judiciaire canadienne, le tribunal londonien, à cet égard, s'est-il efforcé constamment de maintenir en matière économique une répartition équilibrée des compétences (3).

L'accession de la Cour Suprême au sommet de la hiérarchie judiciaire canadienne sonnait l'hallali de la jurisprudence provincialiste du Comité Judiciaire dans le domaine économique. De fait, avec l'arrêt de 1957, la

(1) Dans l'arrêt *Shannon v. Lower Mainland* (1938) A. C. 708, le Comité Judiciaire validait une loi provinciale de mise en marché au motif qu'elle relevait du commerce intraprovincial. Le tribunal justifiait ainsi son attitude : "(...) du moment que le Dominion n'a pas l'autorité de réglementer à l'intérieur de la province, la province elle-même possède cette autorité en vertu de ses pouvoirs de légiférer sur la propriété et les droits civils dans cette province (...)" (p. 719).

(2) *Procureur Général de la Colombie Britannique v. Procureur Général du Canada* (1937) A. C. 377, p. 389.

(3) Dans l'arrêt *Fédération canadienne de l'agriculture v. Procureur Général du Québec*, le Comité Judiciaire préservait une nouvelle fois les intérêts provinciaux dans le domaine économique. Il décidait, en effet, qu'une loi fédérale sur la fabrication de la margarine empiétait sur "la propriété et les droits civils" de la législature du Québec et en concluait, par conséquent, à son invalidité (1951 A. C. 179).

haute juridiction canadienne adoptait-elle une interprétation sensiblement plus élargie de l'article 91(2) en faveur du gouvernement fédéral.

1 - Le renvoi relatif aux questions soumises au sujet de
la loi de mise en marché (1)

A la vérité, les espérances centralisatrices mises en 1949 par les détracteurs du Comité Judiciaire sur la Cour Suprême n'auront pas été déçues. Avec l'avis de 1957, la Cour entreprend, en effet, l'élaboration d'une nouvelle philosophie des rapports économiques entre le gouvernement fédéral et les provinces :

"(...) les échanges interprovinciaux, déclare le Juge RAND, pour lesquels le Dominion est un marché unique sont tout aussi importants et vitaux pour le fonctionnement de l'économie du pays dans son ensemble. Les pouvoirs du Dominion le rendent responsable de la promotion et de la surveillance de la vigueur et de la croissance des échanges au-delà des frontières provinciales et l'exécution de cette tâche doit rester libre de toute entrave imposée au commerce local" (2).

D'évidence, une telle philosophie s'appuie sur des bases centralisatrices. Pour la Cour, en effet, les circonstances nouvelles et les impératifs d'une économie nationale rendent nécessaire un accroissement du rôle du gouvernement fédéral dans le domaine économique. Le renvoi de 1957 illustre, à cet égard, clairement cette mutation jurisprudentielle provoquée par la Cour dans l'interprétation de "la réglementation des échanges et du commerce".

L'affaire avait trait à une loi de mise en marché dont l'objet était d'accorder divers avantages aux producteurs agricoles par le biais de mécanismes provinciaux et régionaux. Le tribunal suprême devait dès lors déterminer si l'application de cette loi provinciale se limitait au commerce intra-provincial. Par ailleurs, il lui fallait apprécier si l'existence de ce pouvoir de réglementation exercé par la province pouvait "(...) entraîner ou comporter un élément de commerce interprovincial ou étranger" (3).

(1) (1957) R. C. S. 198.

(2) p. 210.

(3) p. 208.

Le jugement rendu en l'espèce reflète une attitude de la Cour Suprême pour le moins ambiguë. En effet, si d'un côté l'avis entérine la validité de la loi provinciale de mise en marché, d'un autre côté il souligne les responsabilités du gouvernement fédéral dans le commerce interprovincial qui ne saurait être paralysé par de quelconques initiatives provinciales.

Ainsi, le Juge RAND ne conteste pas la validité stricto sensu de la loi ontarienne dans la mesure où "(...) il est admis qu'il existe un domaine de commerce relevant du pouvoir provincial (...)" (1). D'autres juges le rejoignent dans cette appréciation :

"(...) Ces opérations, déclare le Juge LOCKE, sont des matières d'une nature purement locale ou privée dans la province au sens du paragraphe 16 de l'article 92 et une telle réglementation touche à la propriété et aux droits civils dans la province au sens de l'article 13" (2).

Toutefois, la Cour Suprême ne manque pas d'entourer la validité de la loi provinciale d'un cadre très restrictif. Certes, la province jouit de prérogatives propres dans le domaine commercial mais de tels pouvoirs ne doivent nullement gêner ceux du gouvernement fédéral en la matière. Autrement dit, la Cour concède à la législature provinciale une liberté d'initiative quant au commerce mais celle-ci demeure en fait une liberté conditionnelle :

"(...) Si une activité commerciale, y compris la fabrication ou la production, implique une question d'intérêt extraprovincial, sa réglementation en ce qui concerne l'aspect commercial devient, de ce fait, exorbitante des pouvoirs provinciaux" (3).

Une telle appréciation de la Cour Suprême s'avère pour le moins discutable et dangereuse. Le caractère discutable de la distinction opérée par la Cour réside, en effet, dans l'absence de critères objectifs susceptibles de fonder la décision. A partir de quel moment une activité de commerce intraprovinciale déborde-t-elle dans le champ du commerce interprovincial ?

(1) p. 208.

(2) p. 231.

cf. *ibid.* : Juge ABBOTT, p. 262-263.

(3) p. 210.

cf. Juge LOCKE, p. 234 : "(...) ces dispositions visent à réglementer les échanges et le commerce dans des matières qui ne concernent pas seulement les Ontariens, mais qui concernent directement les habitants des autres provinces. Elles dépassent donc les pouvoirs que la province peut accorder à un tel organisme".

Asseoir un jugement de cette nature sur des critères purement subjectifs se révèle, par ailleurs, dangereux pour l'autonomie provinciale. Et le Juge FAUTEUX avait pleinement raison de souligner le fondement discriminatoire d'une semblable distinction à l'endroit des provinces :

"Le point de vue selon lequel pour être intraprovinciale une opération doit être parachevée dans la province (...) est un concept qui, si on le poussait à sa conclusion logique, enlèverait à la province le pouvoir qu'elle détient d'établir sa propre réglementation relative à la mise en marché, passant ainsi outre aux arrêts (...) du Comité Judiciaire" (1).

C'est dire combien le renvoi de 1957, s'il ne matérialise pas un renversement jurisprudentiel patent, préfigure certainement "(...) l'aurore d'une nouvelle interprétation et d'une extension des pouvoirs du Parlement fédéral" (2). De fait, l'aspect significatif de ce jugement ne réside pas tant dans la reconnaissance de la validité de la loi provinciale que dans la délimitation restrictive du commerce intraprovincial. Pour la Cour Suprême, une activité est d'intérêt local parce qu'elle se déroule dans la province mais peut devenir d'intérêt général si elle affecte le commerce extra-provincial. Une telle potentialité s'avère, dès lors, d'autant plus redoutable pour les provinces que la Cour Suprême n'a pas précisé "(...) quand une matière donnée sera déclarée être entrée dans le flot du commerce extra-local" (3).

Loin de s'attacher à situer chacune des responsabilités des deux ordres de gouvernement en matière économique, la Cour Suprême justifie son attitude en invoquant les exigences de développement d'une économie nationale. En la circonstance, à travers une "(...) approche pragmatique (...)" (4), les juges canadiens s'efforcent de concilier une nécessaire autonomie provinciale dans le domaine du commerce avec les impératifs économiques de l'ensemble du pays.

Cette volonté de conciliation reste cependant lettre morte. En prenant en considération les implications économiques éventuelles de la loi provinciale au plan national, la Cour Suprême tend à avaliser "(...) une conception plus grande du pouvoir fédéral en matière d'échange et de commerce" (5). En effet, admettre avec le Juge RAND que la production et les échanges

(1) p. 256.

(2) DUBE G. : "La réglementation du trafic et du commerce au Canada", C.D. 1964, vol. 6, p. 60.

(3) LEIGH L.H. : "The supreme court and the canadian constitution", op. cit., p. 328.

(4) RUSSELL P.H. : "The supreme court's interpretation of the constitution since 1949", op. cit., p. 121.

(5) RUSSELL P.H. : "The supreme court of Canada as a bilingual and bi-cultural institution", op. cit., p. 46.

de marchandises relèvent de "(...) l'activité résiduelle des hommes à l'égard de laquelle on veut légiférer (et) a une identité propre reconnue par le paragraphe 2 de l'article 91" (1)., c'est remettre partiellement en cause la compétence provinciale dans le domaine du commerce relative à la propriété et aux droits civils. Délaissant les chemins jurisprudentiels du Comité Judiciaire, la Cour Suprême prenait, sans conteste, avec cette décision "(...) une voie plus aventureuse" (2).

2 - L'arrêt Murphy v/ le Canadien Pacifique R. et al.

Le jugement rendu dans l'arrêt Murphy (3) se situe dans le droit fil jurisprudentiel de l'avis de 1957. En l'espèce, l'appelant, fermier de la Colombie Britannique, dirigeait une entreprise d'élevage de volailles. Le marché local de la province n'étant pas suffisant pour lui fournir l'alimentation nécessaire à son élevage, ce dernier tenta d'organiser des livraisons de céréales entre le Manitoba et la Colombie Britannique. De cette tentative naissait le litige constitutionnel.

Il s'agissait, en effet, pour la Cour, de trancher deux questions. D'une part, il lui fallait déterminer si la loi fédérale sur la Commission Canadienne de blé en vertu de laquelle le Canadien Pacifique avait refusé la prise en charge de la livraison, s'appliquait à une législation relative à la réglementation des échanges et du commerce. D'autre part, le tribunal suprême avait à décider si une telle réglementation contrevenait aux dispositions de l'article 121 (4) de l'A.A.N.B. de 1867.

Par une argumentation pour le moins restrictive et contestable, la Cour Suprême estima que le Parlement fédéral avait pleine compétence pour organiser les marchés de denrées destinées au commerce extérieur ou interprovincial. De plus, il était fait droit au gouvernement fédéral d'empêcher toute transaction commerciale d'une province à l'autre. En d'autres termes, la Cour jugeait que les impératifs économiques du pays transcendaient ceux des provinces. Par conséquent, la Commission canadienne de blé pouvait disposer de tout le blé destiné au marché interprovincial. En réaffirmant ainsi la prééminence de l'intérêt national sur celui des provinces dans le domaine commercial, la Cour assignait les pouvoirs provinciaux dans un champ très strict :

(1) p. 211.

(2) FLETCHER M. : "Judicial review and the division of powers in Canada", op. cit., p. 183.

(3) (1958) R.C.S. 626.

(4) Art. 121 : "Tous articles du crû, de la provenance ou fabrication de l'une quelconque des provinces seront, à dater de l'Union, admis en franchise dans chacune des autres provinces.

"(...) Ce pays, déclare le Juge RAND, constitue une entité économique ; sur le plan de la liberté de la circulation des marchandises, le monde des affaires canadien déborde le cadre des provinces et, en particulier, il est profondément impliqué dans le commerce et les échanges entre les provinces et à l'extérieur du pays" (1).

Curieusement, la Cour faisait preuve d'une compréhension très sélective des différents éléments du litige. Ce qui importait avant tout selon elle, c'était que l'appellant Murphy avait l'intention de transporter des marchandises d'une province à une autre à des fins commerciales. Là résidait l'essentiel et il n'y avait pas lieu d'envisager le contexte même de la transaction :

"Que l'entreprise soit liée ou associée à la production de matières premières brutes par le propriétaire même ou par des étrangers dans une autre province ne change rien à la question ; dans les deux cas, la marchandise et le transport visent exactement le même but et le titre de propriété est sans importance" (2).

Ainsi, la Cour considère-t-elle que la Loi sur la Commission canadienne de blé relève bien de la réglementation des échanges et du commerce au sens de l'article 91-2. Un tel raisonnement jurisprudentiel nous apparaît lourd de conséquences dans la mesure où il entérine les empiétements fédéraux sur les droits civils dans la province. En effet, en interdisant à l'appellant Murphy le droit de vendre quelque chose dans la province, la loi fédérale contrevient aux dispositions de l'article 92-13. Sur ce point précis, l'attitude de la Cour démontre une certaine désinvolture à l'égard de l'autonomie provinciale. En effet, le tribunal suprême, à l'instar du juge LOCKE, a bien conscience que la législation fédérale interfère avec la propriété et les droits civils de la province mais cela, estime-t-il, est "(...) sans importance" (3). Et quand on lui objecte que l'article 91-2 ne saurait permettre au Parlement fédéral de réglementer un commerce particulier, celui-ci rétorque que "(...) cette affirmation est beaucoup trop large" (4).

(1) p. 638.

(2) p. 637-638.

A l'appui de son argumentation, le juge RAND écartait l'article 121 en estimant que celui-ci avait pour but d'éviter qu'une réglementation de commerce ne vienne entraver ou restreindre la libre circulation des marchandises dans tout le pays. "Ce qui est interdit, conclue-t-il, c'est une réglementation du commerce qui serait reliée, en droit et en fait, à l'existence des frontières provinciales" (p. 642).

(3) p. 632.

(4) Ibid.

Pareil comportement jurisprudentiel traduit, à l'évidence, un parti-pris fédéral. A cet égard, la Cour Suprême s'en tient au principe rigide selon lequel tout commerce interprovincial relève nécessairement de la législation fédérale. L'application d'un tel principe justifie, dès lors, toute intrusion fédérale dans le champ provincial. C'était, pour certains auteurs québécois, légaliser une "(...) permission extraordinaire" (1) dangereuse pour l'équilibre du partage des compétences. D'aucuns, à cet égard, récusent le fatalisme économique qui sous-tend l'argumentation de la Cour :

"Dans cette affaire, note le professeur TREMBLAY, la Cour a autorisé un empiètement des droits civils en laissant entendre que le phénomène était inévitable (...)" (2)

En revanche, dans les milieux doctrinaux anglo-canadiens, nombre sont ceux qui ne cachent pas leur satisfaction devant cette décision. Ainsi, la Cour a-t-elle faite à travers cette affaire "(...) un exposé clair" (3) de ses conceptions sur la réglementation des échanges et du commerce. D'autres estiment que cet arrêt illustre une prise en considération accrue des intérêts économiques de l'ensemble du pays par la Cour (4).

Sans nul doute, l'arrêt Murphy marquait une étape jurisprudentielle importante dans l'interprétation de la réglementation des échanges et du commerce. En justifiant, voire en tolérant l'accroissement du rôle de l'Etat fédéral dans le domaine économique au détriment des compétences provinciales, la Cour Suprême contribuait à la centralisation du fédéralisme canadien. Il était, dès lors, permis de se demander jusqu'où irait le tribunal suprême dans cette orientation.

(1) TREMBLAY A. : "Les compétences législatives au Canada et les pouvoirs provinciaux en matière de propriété et de droits civils", op. cit., p. 197.

(2) TREMBLAY A. : "Les techniques d'interprétation des constitutions", op. cit., p. 65.

(3) FLETCHER M. : "Judicial review and the divisions of powers in Canada", op. cit., p. 183.

(4) RUSSELL P.H. écrit à cet égard : "Ici, la Cour a montré qu'elle était disposée à considérer le pouvoir fédéral en matière de commerce comme une source indépendante d'autorité législative suffisamment large pour soutenir une loi de mise en marché du Dominion, qui s'avère d'une importance cruciale pour l'économie nationale", ("The supreme court's interpretation of the constitution since 1949", op. cit., p. 122).

3 - L'arrêt Crawford et al. V. Procureur Général de la Colombie Britannique

Avec l'arrêt Crawford (1), la Cour Suprême donnait, non sans surprise, un coup d'arrêt à son interprétation centralisatrice de la réglementation des échanges et du commerce. En effet, tout en reconnaissant que la loi de la Colombie Britannique prévoyant la création d'une coopérative laitière empiétait sur les compétences fédérales en matière de commerce, la Cour estima que certaines de ses dispositions relevaient de la législature provinciale :

"Soumis à la question de savoir si elles violent la juridiction législative du Parlement du Canada en relation avec les échanges et le commerce, les sous-sections (...) de l'article 41 de la loi sur l'Industrie laitière sont intra vires de la législature de la Colombie Britannique" (2).

Indubitablement, en jugeant que les dispositions litigieuses traitaient de matière purement locale et par conséquent regardaient la compétence provinciale, la Cour Suprême rétablissait un équilibre fortement compromis dans le domaine de la réglementation des échanges et du commerce (3).

Toutefois, c'est avec l'arrêt *Carnation*, que la Cour Suprême devait préciser la nature et les limites du commerce interprovincial.

4 - L'arrêt *Carnation Co. ltée V. l'Office des marchés agricoles du Québec* (4).

D'aucuns considèrent que l'arrêt *Carnation* donna à la Cour Suprême l'occasion de "(...) considérer la portée du pouvoir en matière de

(1) Crawford et al. V. Procureur Général de la Colombie Britannique (1960) R.C.S. 346.

(2) Juge LOCKE, p. 359.

(3) TREMBLAY A. estime : "Cette cause nous semble correctement décidée et confirme la portée très étendue des compétences législatives des provinces pour organiser la mise en marché des produits en provenance de la province et aussi pour apporter des corrections à des malaises économiques locaux" ("Les compétences législatives au Canada et les pouvoirs provinciaux en matière de propriété et de droits civils", op. cit., p. 201).

- cf. ibid. : WEILER P.C. : "The supreme court and the law of canadian federalism", op. cit., p. 334.

- RUSSELL P.H. : "The supreme court's interpretation of the constitution since 1949", op. cit., p. 125.

(4) (1968) R.C.S. 238.

réglementation des échanges et du commerce" (1). En l'espèce, il s'agissait de déterminer si une opération commerciale demeurerait intraprovinciale lorsque les biens sortaient de la province. La Cour Suprême, à cet égard, avait à examiner dans quelle mesure l'Office des marchés agricoles du Québec avait, en rendant ses décisions, empiété sur les pouvoirs législatifs exclusifs du Parlement fédéral dans le domaine de la réglementation des échanges et du commerce.

Dans son jugement, le tribunal suprême confirma l'Office dans ses prérogatives. L'Office avait, ainsi, pleine compétence pour fixer les conditions et les prix d'achat du lait par une compagnie laitière ontarienne. Selon la Cour, l'organisme québécois pouvait contacter avec une telle entreprise commerçant à l'échelle interprovinciale parce que celui-ci ne dirigeait ni ne contrôlait le commerce interprovincial :

"Je ne suis pas prêt à convenir que, pour déterminer le but visé, le fait que ces décisions aient quelque impact sur les échanges interprovinciaux de l'appelante signifie nécessairement qu'elles constituent une réglementation des échanges et du commerce au sens de l'article 91 (2), ce qui les rendrait invalides. Le fait qu'un tel impact existe peut être pertinent pour déterminer leur but et leur objet véritables, mais ce n'est pas un critère décisif" (2).

L'argumentation de la Cour reposait sur la constatation que si les produits étaient, en l'espèce, distribués et vendus pour la plupart à l'extérieur de la province, cela n'avait aucune conséquence sur la validité du plan. Le but de ce dernier étant justement d'améliorer la situation des producteurs québécois avec les fabricants de la province. Par ailleurs, la Cour Suprême faisait valoir que si la réglementation de mise en marché, prévue par le plan litigieux, avait une certaine influence sur les prix de revient de l'entreprise interprovinciale, elle ne recouvrait nullement les diverses étapes de la production, de la distribution et de la consommation :

"Rien dans la preuve, conclue le juge MARTLAND, n'a démontré qu'elles réglementaient ou restreignaient lesdits échanges. Au plus, on peut dire qu'elles avaient un certain effet sur les prix de revient au Québec d'une compagnie qui faisait du commerce interprovincial, ce qui, en soi, ne suffit pas à les faire déclarer invalides" (3).

(1) RUSSELL P.H. : "Leading constitutional decisions", ed. 1973, op. cit., p. 119.

(2) Juge MARTLAND, p. 253.

(3) p. 254.

En refusant ainsi de considérer que les décisions de l'Office comme des tentatives de réglementer les échanges dans le domaine du commerce interprovincial, les juges canadiens créèrent incontestablement la surprise. De fait, l'arrêt *Carnation* plongea les milieux doctrinaux dans l'indécision. Certes, dans les rangs québécois, on ne pouvait que se réjouir du jugement de la Cour. Mais beaucoup se demandaient s'il fallait interpréter cette décision comme un contrepied jurisprudentiel au renvoi de 1957 ou simplement une précision, voire une rectification. Assistait-on à un revirement jurisprudentiel ou à une péripétie de circonstance ? D'aucuns, à l'instar du professeur TREMBLAY, n'osaient apporter de réponse et avouaient leur totale désorientation (1).

Dans les milieux juridiques anglo-canadiens, l'étonnement voisine avec l'amertume. Ainsi certains n'ont pas manqué de souligner l'évolution constitutionnelle pour le moins négative de la Cour en matière de commerce. Et de dénoncer "(...) l'incapacité de la Cour d'articuler des principes juridiques qui montrent pourquoi certains statuts provinciaux sont valides et d'autres ne le sont pas" (2).

La suite de l'évolution jurisprudentielle devait, toutefois, révéler le caractère épisodique de l'attitude provincialiste de la Cour Suprême dans le domaine de la réglementation des échanges et du commerce. De fait, l'arrêt *Carnation* fut "(...) vite assombri par la décision rendue dans l'affaire des oeufs et des poulets (...)" (3).

(1) TREMBLAY A. écrit : "Devant cet état incertain de notre droit, tant au niveau des règles relatives à la détermination de la validité d'une loi qu'au niveau de celles relatives à la délimitation du partage des pouvoirs et aussi à celles relatives à l'interprétation de la constitution, on peut se demander si le partage des pouvoirs au Canada est réellement encadré par le droit". ("L'incertitude du droit constitutionnel canadien relatif au partage des compétences législatives", R.B. 1969, vol. 29, p. 208).

(2) WEILER P.C. : "In the last resort - a critical study of the supreme court of Canada", op. cit., p. 173.

(3) BRUN H. : "Le judiciaire restraint et le fédéralisme canadien", C.D. 1974, vol. 15, p. 170.

5 - L'arrêt Procureur Général du Manitoba v. Manitoba
Egg and Poultry association et al. (1)

Rompant avec les ouvertures provincialistes de l'arrêt *Carnation*, la décision prise par la Cour dans le renvoi des oeufs et des poulets vint incontestablement traduire "(...) une inclination au renforcement de "la réglementation des échanges et du commerce" comme source importante du pouvoir fédéral" (2).

Le litige portait sur un plan visant à régir la vente de tous les oeufs du Manitoba de n'importe quelle provenance dont la mise en oeuvre relevait des producteurs d'oeufs du Manitoba pour leur profit. Ce plan, par ailleurs, devait être appliqué par un Office investi du pouvoir de réglementer la vente dans la province d'oeufs provenant de l'extérieur par le biais de contingentement ou même par simple interdiction. Il revenait, dès lors, à la Cour Suprême de décider si un tel plan outrepassait la compétence de la législature provinciale en empiétant sur les prérogatives du Parlement fédéral de légiférer en matière de réglementation des échanges et du commerce.

Par une majorité de six juges, la Cour concluait à l'invalidité du plan déclaré *ultra vires* de la compétence provinciale. A l'appui de sa décision, le tribunal suprême estima, en effet, qu'une législation de la sorte portait atteinte au commerce interprovincial :

"Je suis d'avis, note le juge MARTLAND, que le Plan en cause non seulement a un effet sur le commerce interprovincial des oeufs, mais vise à réglementer ce commerce. (...) Le Plan est destiné à restreindre ou à limiter la libre circulation des échanges commerciaux entre les provinces comme telles. A cause de cela, il empiète sur le pouvoir exclusif du Parlement du Canada (...)" (3).

Pour asseoir, en l'espèce, la compétence fédérale, la Cour Suprême écartait, non sans une certaine légèreté, la jurisprudence antérieure du Comité Judiciaire. En effet dans l'arrêt *Shannon*, ce dernier avait établi que les réglementations qui avaient lieu dans la province entraient dans les

(1) (1971) R.C.S. 689.

(2) RUSSELL P.H. : "Leading constitutional decisions", 1973, op. cit., p. 119.

(3) p. 703. Le juge PIGEON abonde dans le même sens en estimant que "(...) le plan en litige est nul du fait qu'il tend à réglementer le commerce interprovincial des oeufs" (p. 723).

pouvoirs souverains provinciaux (1). La Cour Suprême rejeta cet héritage jurisprudentiel pour le moins embarrassant en faisant curieusement valoir que les propos du Comité devaient "(...) se lire à la lumière de l'évolution, à cette époque, des lois sur la mise en marché" (2).

De fait, cette nouvelle sensibilité jurisprudentielle de la Cour Suprême dans le domaine du commerce se dévoile clairement sous la plume du juge LASKIN. Il s'avère aisé, à cet égard, de discerner dans son argumentation la raison fondamentale du choix décidé par la haute juridiction :

"(...) permettre, écrit-il, à chaque province de rechercher son propre avantage, pour ainsi dire, par la fermeture (...) de ses frontières dans le but d'interdire l'entrée des marchandises venant des autres provinces, serait aller à l'encontre de l'un des objets de la Confédération (...), savoir, faire de l'ensemble du Canada une seule unité économique" (3).

Ainsi n'y a-t-il pas lieu de douter qu'en la circonstance la Cour Suprême a renoué avec la philosophie unitaire de 1867 qui avait été si vivement combattue par les juges londoniens. Ce jugement de 1971 constitue bien, à cet égard, une provocation jurisprudentielle à l'encontre du Comité Judiciaire. De fait, pour la Cour, il convient désormais de restaurer en la matière un nécessaire équilibre (4) compromis dans le passé en mettant un terme à l' "(...) atténuation des pouvoirs fédéraux conférés par l'article 91 (2) (...)" (5) voulue par le tribunal londonien.

Amorce d' "(...) un changement très substantiel dans l'orientation du droit constitutionnel canadien" (6), cette décision jurisprudentielle reflète nettement l'infléchissement centralisateur que la Cour Suprême a entendu imprimer dans son interprétation de la réglementation des échanges

(1) Dans l'arrêt *Shannon v. Lower Mainland Dairy* (1938) A.C. 708, le Comité Judiciaire n'admettait pas le point de vue "(...) qui veut que les produits naturels définis dans la loi sont uniquement des produits naturels provenant de la Colombie Britannique" (p. 718).

(2) Juge LASKIN, p. 711.

(3) p. 717.

(4) Juge LASKIN, p. 707.

(5) Ibid., p. 707.

(6) WEILER P.C. : "The supreme court and the law of canadian federalism", op. cit., p. 335.

L'auteur estime, par ailleurs, que cet arrêt est "(...) typique des conflits politiques et économiques très compliqués qui sont "l'étoffe" du jugement constitutionnel.", ("The supreme Court of Canada and canadian federalism", op. cit., p. 233).

et du commerce (1). En déclarant le plan manitobain ultra vires de la compétence provinciale, la Cour s'est montrée dorénavant disposée à utiliser l'article 91(2) comme "(...) fondement indiscutable du pouvoir fédéral dans la réglementation et l'intégration de la vie économique nationale" (2). L'augmentation des prérogatives du Parlement fédéral dans le secteur commercial devient, dès lors, pour le tribunal suprême canadien une nécessité vitale qui ne saurait être entamée par les exigences de l'autonomie provinciale. L'affaire Caloil offre, à cet égard, un nouvel exemple significatif.

6 - L'arrêt Caloil v. Procureur Général du Canada (3)

Le jugement rendu dans l'affaire Caloil éclaire d'une manière singulière le rôle éminemment centralisateur de la jurisprudence de la Cour Suprême dans le domaine des richesses naturelles (4). Aux termes mêmes de l'A.A.N.B., la plupart des richesses naturelles relèvent de la juridiction provinciale. En effet, de par son droit de propriété, la province exerce une compétence exclusive pour légiférer en la matière.

Déjà, dans l'affaire des droits miniers sous-marins (5), la Cour suprême devait recourir à la clause résiduaire relative à "la paix, ordre et bon gouvernement" pour soustraire l'exploitation des richesses sous-marines à la compétence provinciale.

(1) Dans l'arrêt Jorgenson v. Procureur Général du Canada (1971) R.C.S. 725, la Cour Suprême rendait un jugement favorable au gouvernement fédéral en matière de commerce de blé. Le juge LASKIN concluant qu'on ne pouvait "(...) trouver aucune invalidité constitutionnelle dans l'art. 174 de la Loi sur les grains du Canada ou dans l'art. 45 de la Loi sur la Commission canadienne du blé" (p. 729).

(2) RUSSELL P.H. : "Leading constitutional decisions", 1973, op. cit., p. 121.

(3) (1971) R.C.S. 543.

(4) La primauté de la compétence provinciale en matière de richesses naturelles s'appuie d'une part sur l'alinéa 5 de l'article 92 et d'autre part sur l'article 109 qui stipule que "les immeubles, mines, minéraux et redevances appartiennent (...) aux différentes provinces". Enfin l'article 117 précise que les diverses provinces conservent respectivement toutes leurs propriétés publiques "(...) à l'égard desquelles la présente loi ne statue pas".

(5) Renvoi relatif aux questions soumises au sujet des droits miniers sous-marins des eaux littorales (1967) R.C.S. 792.

Avec l'arrêt Caloil, le tribunal suprême consolida la prééminence fédérale dans le domaine des richesses naturelles en s'appuyant cette fois-ci sur le critère du commerce interprovincial. En l'espèce, l'enjeu était d'importance puisqu'il opposait "(...) un élément majeur de la politique énergétique nationale du gouvernement fédéral aux ambitions de développement économique du Québec" (1) : la compagnie pétrolière Caloil de Montréal, importatrice de pétrole algérien et espagnol, avait décidé de vendre sa production à travers un réseau de stations en Ontario et au Québec. Cependant, en 1970, le Conseil national de l'énergie, soucieux de réserver le marché ontarien à la vente du pétrole de l'ouest canadien, intima à la compagnie québécoise de se retirer de ce marché. Des réglementations fédérales furent prises, à cet effet, ayant pour objet de refuser à la compagnie le permis d'importer du pétrole si celle-ci persistait dans son attitude.

La compagnie Caloil contesta la validité de ces réglementations. Saisie du litige, la Cour Suprême avait, en définitive, à déterminer si l'exclusivité de juridiction du gouvernement fédéral dans la promotion du développement des échanges et du commerce au Canada, pouvait inclure d'une manière incidente certains aspects d'un commerce intra-provincial comme la consommation du pétrole importé.

La Cour jugea une telle compétence fédérale valide. Elle considéra, à cet égard, que le fondement même de la compétence provinciale en matière de réglementation d'un commerce particulier dans le cadre d'une province ne saurait être le seul critère dans l'appréciation de la validité du règlement fédéral sur un tel commerce. Pour le juge PIGEON, nulle prérogative provinciale ne peut, dès lors, invalider une législation qui, dans le domaine de la réglementation du commerce interprovincial, déborde manifestement le cadre de la compétence provinciale :

"(...) le caractère véritable de la législation est un aspect de l'administration d'un programme de mise en marché extraprovincial. (...) Dans ces conditions, l'entrave au commerce local, restreinte comme elle l'est à un produit importé, forme partie intégrante de la réglementation des importations dans l'évolution d'une politique extra-provinciale et on ne saurait la qualifier d'empiétement injustifié sur une compétence provinciale" (2).

On devine la gravité de la décision rendue dans l'arrêt Caloil sur le plan de l'autonomie provinciale. En donnant dans ce litige "(...) à l'alinéa 2 de l'article 91 une vie plus grande que celle que lui a prêtée le Comité

(1) RUSSELL P.H. : "Leading constitutional decisions", 1973, op. cit., p. 119.

(2) p. 551.

Judiciaire du Conseil Privé" (1), le tribunal suprême réduisait la compétence provinciale à sa plus simple expression (2). Par de semblables jugements centralisateurs, la Cour cautionne ainsi la volonté du gouvernement fédéral d'assimiler les richesses naturelles à des ressources relevant de l'intérêt national et devant par là-même relever de la juridiction fédérale.

La décision de la Cour peut apparaître d'autant plus justifiée que l'éclatement de la crise de l'énergie a permis aux autorités fédérales de s'imposer dans le domaine de l'énergie, marginalisant ainsi les provinces dans un rôle subalterne. C'est ainsi que le gouvernement fédéral a fait adopter toute une série de mesures législatives par le Parlement qui donnent à Ottawa une prééminence sur les législatures provinciales en matière d'approvisionnements de produits pétroliers (3). Ces mesures consacrent, ainsi, sur le plan légal, la discrétion quasi illimitée du gouvernement fédéral en ce domaine.

Certes, l'arrêt Caloil n'interdit pas à la législature provinciale d'édicter des mesures dans le secteur des richesses naturelles. La Cour Suprême souligne simplement, mais non sans fermeté, qu'en cas de concurrence entre une législation fédérale et une législation provinciale, celle-ci doit, en tout état de cause se soumettre à la première. Les prérogatives provinciales ne sont pas méconnues par les autorités fédérales mais elles se doivent d' "être en conformité avec l'intérêt national de la fédération qui doit prédominer" (4).

(1) BEAUDOIN G.A. : "Le fédéralisme face à la société post-industrielle au Canada", Travaux du douzième colloque international de droit comparé, Ottawa, 1974, Editions de l'Université d'Ottawa, 1976, p. 63.

(2) REMILLARD G. conclue qu'avec l'arrêt Caloil "(...) le Québec n'a qu'une compétence secondaire pour légiférer sur le pétrole ou sur tout autre produit énergétique qui, bien que consommé dans la province, provient de l'extérieur", ("Même s'il le voulait, le Québec pourrait-il geler le prix du pétrole ?", Le Devoir, 21 avril 1976, p. 5).
cf. ibid. LYSYK K. : "Constitutional law", O.L.R. 1971-1972, vol. 5, p.129.

(3) Cf. Loi d'urgence sur les approvisionnements d'énergie, 1973-1974, Elis. II c.236.

- Loi sur l'administration du pétrole S.C. 1974-75, c. 47.

(4) - REMILLARD G., ibid., p. 5.

- Faisant allusion à la crise pétrolière, le Premier ministre P.E. TRUDEAU déclarait : "En de telles éventualités nous avons toujours un appareil d'équité qui appartient à tous les Canadiens, à savoir le gouvernement du Canada. Toujours conscient des droits des provinces, je compte que nous en profitons, de ce gouvernement, et que nous pourrons l'utiliser de façon à servir efficacement les intérêts fondamentaux de tous les citoyens du pays", (Discours prononcé le 22 janvier 1974 à la Conférence sur l'énergie).

7 - L'arrêt Burns Food Ltd et al. v. Procureur Général
du Manitoba (1)

Avec l'arrêt Burns, la Cour Suprême reste fidèle à sa jurisprudence antérieure dans la délimitation du commerce local soumis à la législation provinciale du commerce interprovincial relevant de l'autorité du Parlement fédéral.

En l'espèce, la haute juridiction canadienne avait à se prononcer sur la validité d'un règlement édicté par la législature manitobaine sur la mise en marché obligeant les exploitants d'abattoirs au Manitoba à acheter des porcs de l'Office des producteurs, même ceux provenant de l'extérieur de la province. Ainsi, s'agissait-il de savoir pour la Cour si accessoirement au commerce local d'abattage des porcs, la province du Manitoba pouvait réglementer l'achat, par les abattoirs, de porcs vendus par des producteurs d'une autre province.

Rappelant que la législature provinciale n'avait aucune compétence pour réglementer le commerce interprovincial même dans le but de rendre plus efficace le contrôle du commerce intraprovincial, le juge PIGEON concluait :

"En réalité, le règlement attaqué ne vise pas vraiment des biens déjà apportés dans la province. (...) En fait, le règlement en cause prétend dicter les conditions auxquelles les porcs peuvent être apportés de l'extérieur, ce qui, en soi, relève du commerce interprovincial" (2).

En déclarant ainsi ultra vires de la compétence provinciale un tel règlement au motif qu'il vise le commerce interprovincial, la Cour Suprême adoptait une attitude pour le moins stricte (3). S'inscrivant dans le droit fil de sa jurisprudence antérieure, l'arrêt Burns réaffirme dans toute sa rigidité le principe de démarcation entre le commerce local et le commerce interprovincial. Les juges canadiens restent, à cet égard, fidèles à une perception unitaire du développement économique centré sur le gouvernement fédéral :

(1) (1975) R.C.S. 494.

(2) p. 504 et 505.

(3) A cet égard, le juge RICHTIE estime que la distinction opérée par la Cour en l'espèce s'avère quelque peu spacieuse : "Je pense, écrit-il, (...) que la législation attaquée vise primordialement l'abattage de porcs dans la province, ce qui est une matière d'intérêt local, et qu'elle ne touche le commerce interprovincial qu'accessoirement à un plan de contrôle du commerce local dans la province (...)" (p. 506).

"(...) le pouvoir souverain des législatures provinciales sur la mise en marché et sur le commerce intraprovincial s'exerce à l'intérieur de leurs frontières et (...) la libre circulation des biens de production d'une province à l'autre est un des traits de notre fédéralisme" (1).

Dans le domaine plus strictement économique, l'oeuvre jurisprudentielle de la Cour Suprême est demeurée plus marginale. Il conviendra, toutefois, d'en analyser les grandes lignes à travers ses principaux arrêts.

8 - L'arrêt Procureur Général de l'Ontario v. Barfried Enterprise ltd (2)

Cet arrêt donna l'occasion à la Cour Suprême de rendre un jugement favorable aux provinces en matière d'affaires bancaires (3). La haute juridiction canadienne reconnut, en effet, la validité d'une loi provinciale autorisant la réduction d'un taux d'intérêt exorbitant. Cette validité se fondait, en l'occurrence, sur le fait que la loi ontarienne litigieuse portait sur les contrats de prêt et relevait, par conséquent, en substance de la propriété et des droits civils de la province. Pour le juge CARTWRIGHT, la législation provinciale ne touchait qu'incidemment une matière fédérale et devait, dès lors, être déclarée intra vires de la législature de l'Ontario :

"La loi sur l'aide aux opérations excessives m'apparaît être une législation relative à la propriété et aux droits civils dans la province plutôt qu'une législation relative à l'intérêt. (...) Elle affecte, mais seulement d'une manière incidente, la matière de l'intérêt spécifiée à l'alinéa 19 de l'article 91 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique" (4).

(1) BEAUDOIN G.A. : "Commerce intra-provincial - commerce interprovincial - mise en marché - contrat conclu à l'extérieur d'une province - circulation des biens et des produits", R.G.D. 1975, vol. 6, p. 189.

(2) (1963) R.C.S. 570.

(3) Les affaires bancaires relèvent, au terme de l'A.A.N.B. de 1867, de la juridiction exclusive du Parlement fédéral. En effet, les alinéas 14, 15, 16 et 19 de l'article 91 attribuent pleine compétence aux autorités fédérales sur "le cours et le monnayage", "les opérations bancaires, la constitution des banques en corporation et l'émission du papier monnaie", "les caisses d'épargne" et "l'intérêt de l'argent".

(4) p. 579.

Cette décision, à vrai dire respectueuse des prérogatives provinciales, suscita des réserves, sinon une certaine hostilité de la part de la doctrine anglo-canadienne. D'aucuns ont, à cet égard, considéré que "(...) la décision majoritaire de la Cour Suprême dans l'arrêt Barfried est une erreur" (1) parce qu'une telle législation tombait dans le pouvoir exclusif du Parlement fédéral de légiférer en matière d'intérêt.

9 - L'arrêt Texada Mines ltd v. Procureur Général de la Colombie Britannique (2)

La décision rendue dans l'affaire Texada Mines éclaire singulièrement le rôle jurisprudentiel de la Cour Suprême dans le secteur de la fiscalité (3). Succédant à un jugement pourtant favorable aux provinces en matière de taxation directe (4), l'arrêt Texada Mines concluait à l'invalidité d'une loi de la Colombie Britannique - le Mineral Property Taxation Act - parce que celle-ci instituait une taxe directe dont l'objet véritable était de décourager l'exportation de minerais afin de favoriser le développement économique de la province. De fait, la Cour considérait, en la circonstance, que la législature colombienne avait outrepassé sa compétence en établissant une taxe dans le but de percevoir des revenus à des fins non provinciales :

(1) SHAFFER H.B. : "The Attorney-General for Ontario v. Barfried Enterprises limited" McG.L.J. 1965, vol. 11, p. 280.
cf. id. : BENTLEY P.M. : "Constitutional law - division of powers - interest - regulation of contracts", A.L.R. 1962-1964, vol. 2-3, p. 312.
- HOPKINS E.R. : "Confederation at the crossroads - the canadian constitution", op. cit., p. 226.

(2) (1960) R.C.S. 713.

(3) Le Parlement fédéral possède, en vertu de l'alinéa 3 de l'article 91, pleine compétence en matière de "prélèvement de deniers par tous modes ou systèmes de taxation". Toutefois, par le biais de l'alinéa 2 de l'article 92, les provinces conservent leurs prérogatives en matière de "taxation directe dans les limites de la province, en vue de prélever un revenu pour des objets provinciaux". Le Comité Judiciaire avait déterminé dans la différence entre une taxe directe et une taxe indirecte le critère principal du partage des pouvoirs de taxation entre les deux ordres de compétence.

(4) Dans l'arrêt Canadien Pacifique R. v. Procureur Général de la Saskatchewan (1952) R.C.S. 292, la Cour Suprême décida que l'exemption de taxe prévue dans l'entente entre le gouvernement fédéral et le Canadien Pacifique R. relatif à la construction d'un chemin de fer interprovincial, ne concernait pas les dépendances et l'équipement de la compagnie ferroviaire.

"Le taux très élevé de la taxe autorisée, qui dans son ensemble aboutit à imposer sur une période de dix ans une taxe équivalent à la valeur imposable des minéraux, démontre à mon avis que la nature et le but véritables de cette législation ne sont pas de prélever un revenu pour des objets provinciaux (...)" (1).

Au-delà de l'analyse purement juridique de l'arrêt, l'on observe que la Cour condamne tout essor économique provincial qui se ferait au détriment de la Communauté canadienne dans son ensemble. Que cet arrêt sanctionne "(...) une sévère limitation des pouvoirs des provinces en matière de taxation" (2) n'a dès lors, que peu d'importance face aux intérêts économiques du pays.

Dans le domaine particulier de la faillite et de l'insolvabilité (3), il convient de souligner le jugement restrictif rendu par la Cour Suprême dans un avis de 1960 (4). Le tribunal canadien déclarait, en effet, une loi provinciale en matière d'insolvabilité personnelle ultra vires de la compétence de la province au motif qu'elle entraînait dans le cadre de l'article 91(21) de l'A.A.N.B. . Par ailleurs, en matière d'assurances, la Cour Suprême semble avoir donné au Parlement fédéral pleine compétence. En effet, dans l'arrêt *Procureur Général de l'Ontario v. Policyholders of Wentworth Insurance Company* (5), le tribunal canadien accepta que le gouvernement fédéral réglemente les assureurs afin de protéger les détenteurs de polices d'assurances contre la mauvaise gestion de ces derniers. C'était là renverser implicitement la jurisprudence du Comité Judiciaire "(...) qui avait dénié au Parlement la juridiction de réglementer le commerce d'assurance" (6).

Sans se prétendre exhaustive, cette analyse des principaux arrêts de la Cour Suprême nous aura permis de souligner l'affermissement sensible

(1) p. 724-725.

(2) RUSSELL P.H. : "The supreme court's interpretation of the constitution since 1949", op. cit., p. 130.

(3) Aux termes de l'article 91(21), le Parlement fédéral exerce une juridiction exclusive en matière de "faillite et l'insolvabilité".

(4) Renvoi relatif aux questions soumises au sujet de la Loi de l'Alberta sur le paiement équitable des dettes (1960) R.C.S. 571.

(5) (1969) R.C.S. 779.

(6) WEILER P.C. : "The supreme court and the law of Canadian federalism", op. cit., p. 338.

- De fait, le Comité Judiciaire, dans l'arrêt *Compagnie d'assurance des citoyens du Canada v. Parsons* (1881-1882) A.C. 96, p. 111, avait clairement établi que les termes "propriété et droits civils" englobaient les contrats d'assurance dans la province de même que tous les droits qui en découlaient.

des pouvoirs fédéraux dans le domaine économique au détriment d'une régression des prérogatives provinciales. Il conviendra, à cet égard, de nous demander si une telle évolution centralisatrice demeure inexorable ou si certains indices anticipent sur un changement d'attitude de la Cour en la matière.

D - Les perspectives jurisprudentielles de la Cour Suprême
dans le cadre de l'activité économique.

Dans les milieux provinciaux, en particulier au Québec, l'on ne se cache pas que la Cour Suprême a, dans le domaine économique, "(...) favorisé dans l'ensemble une interprétation beaucoup plus large du pouvoir fédéral en matière de commerce" (1) que ne l'avait fait le Comité Judiciaire. Un tel constat traduit sans nul doute une grande déception mais aussi une crainte de voir l'évolution jurisprudentielle de la Cour entamer dangereusement les compétences provinciales en la matière.

Chez les anciens adversaires du Comité Judiciaire, la satisfaction est à son comble. En laissant le champ libre au gouvernement fédéral dans le secteur économique, la haute juridiction canadienne a comblé pleinement les espérances des centralisateurs. D'aucuns, à cet égard, se réjouissent du "(...) mûrissement de l'opinion de la Cour Suprême sur les problèmes commerciaux et les problèmes, inhérents à leur réglementation, marquant un grand progrès par rapport à l'approche négative des arrêts du Conseil Privé (...)" (2).

Cette nouvelle orientation jurisprudentielle s'appuie dans une large mesure, sur une approche plus pragmatique des conflits économiques. Les exigences de l'entité économique canadienne n'ont pas à se plier au respect scrupuleux du partage des compétences entre les deux ordres de gouvernement. Ainsi la démarche jurisprudentielle de la Cour Suprême traduit-elle la volonté d'élaborer "(...) une définition fonctionnelle du pouvoir des provinces sur la réglementation des échanges et du commerce interprovincial" (3). En s'efforçant de la sorte d'intégrer la vie économique des provinces dans la mouvance fédérale, le tribunal suprême contribue indirectement à vider

(1) BROSSARD J. : "La Cour Suprême et la constitution - le forum constitutionnel du Canada", op. cit., p. 212.

(2) MacDONALD V.C. : "Legislative power and the supreme court in the fifties", op. cit., p. 15-16.

(3) WEILER P.C. : "The supreme court and the law of canadian federalism", op. cit., p. 362-363.

la structure fédérale de tout son sens. En effet, à travers la recherche d'une unification accrue des activités économiques du pays, la Cour Suprême hypothèque dangereusement la survie de l'autonomie provinciale.

L'arrêt Interprovincial Cooperatives ltd et al. v. Sa Majesté la Reine du Chef de la province du Manitoba (1) illustre, à cet égard, parfaitement cette propension unificatrice de l'interprétation jurisprudentielle de la Cour dans le domaine économique. Dans cette affaire, le tribunal canadien avait à déterminer l'ordre de compétence dans un accident de pollution dont l'origine provenait des provinces de l'Ontario et de la Saskatchewan mais qui avait eu pour conséquence de polluer des rivières interprovinciales se jetant dans le lac Winnipeg.

La Cour Suprême, par la voix du juge PIGEON, considéra en l'espèce que la pollution des eaux tombait, de par son caractère interprovincial, sous l'autorité de la juridiction fédérale :

"(...) lorsque les contrats commerciaux visent le commerce interprovincial, cela ne relève plus de la compétence provinciale. Il s'agit alors d'une manière de compétence fédérale. (...) A mon avis, on doit aborder la pollution des eaux interprovinciales de la même façon que le commerce interprovincial. (...) Ici nous sommes en présence d'un problème de pollution qui n'est pas réellement de portée locale mais véritablement interprovinciale" (2).

Sans conteste la trouvaille du critère de l'interprovincialité de la pollution était une bonne aubaine pour justifier la compétence fédérale. Il évitait, ainsi, à la Cour de s'avancer sur le terrain moins solide de l'article 91(12) (3) pour asseoir une telle compétence. De fait, la forte minorité de la Cour avait beau jeu de réfuter cette référence constitutionnelle :

(1) (1976) R.C.S. 477. Jugement de 4 contre 3.

(2) p. 513-514. A cet égard le juge PIGEON invoque le pouvoir résiduaire du Parlement fédéral qui veut que toute compétence non incluse dans le champ provincial est du domaine fédéral. Par ailleurs, en considérant que les provinces ne peuvent légiférer relativement à des actes accomplis en dehors de la province, le juge PIGEON faisait référence à la notion d'extraterritorialité (cf. DUPLÉ N. : "La difficile application de la notion d'extraterritorialité", Cahiers de Droit, 1975, vol. 16, p. 965).

(3) En vertu de l'article 91(12), le Parlement fédéral exerce sa pleine juridiction sur "les pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur".

"Le pouvoir fédéral sur les pêcheries, écrit le juge LASKIN, ne s'étend pas à la protection des droits privés ou provinciaux dans les pêcheries par la voie de recours en dommages-intérêts ou de redressements accessoires pour atteinte à ces droits. (...) Je ne vois rien, conclue-t-il, dans la Loi contestée du Manitoba qui empiète sur l'autorité législative fédérale relative aux pêcheries" (1).

En tout état de cause, le jugement de la Cour ne brille pas par sa clarté et "on ne peut pas dire que le résultat (...) est entièrement satisfaisant que ce soit dans ses termes théoriques ou pratiques" (2). En effet, d'un côté la Cour Suprême admet que les résidents des provinces, affectés par la pollution, fassent valoir leurs droits ; d'un autre côté elle conclue que les conflits juridiques nés de la pollution ne sauraient relever de la propriété et des droits civils de la province. Il semblerait, en l'occurrence, que la Cour Suprême opère une curieuse distinction entre le pouvoir de légiférer sur les droits civils à l'intérieur ou l'extérieur de la province.

Dès lors, il y a lieu de s'interroger sur le critère d'une telle distinction : à partir de quel seuil un droit civil de nature locale se transforme-t-il en droit civil de caractère interprovincial ? Une appréciation de ce genre s'avère d'autant plus discrétionnaire que "toute situation qui implique des facteurs interprovinciaux peut ne pas être forcément interprovinciale (...)" (3). Or, nulle part dans son jugement, la Cour Suprême ne précise jusqu'où une législature provinciale peut légiférer sur des matières civiles interférant dans une certaine mesure avec des éléments interprovinciaux.

En demeurant ainsi dans le flou juridique, le tribunal canadien favorise tacitement l'extension des prérogatives fédérales à de nouveaux champs d'activité économique. A l'instar des ressources naturelles, des matières comme la pollution sont d'expression trop générale pour se rattacher explicitement aux dispositions de l'A.A.N.B. relatives à la répartition des compétences. Un tel contexte juridique ne peut, en fin de compte, qu'amener le Parlement fédéral à prendre en charge de nouveaux compartiments de la vie économique en utilisant autant qu'il lui plaira son pouvoir résiduaire. Aussi ne faut-il pas s'étonner de constater que "(...) les possibilités de conférer au pouvoir général fédéral de nouvelles matières spécifiques sont toujours

(1) Juge en chef LASKIN, p. 495.

(2) BLOM J. : "The conflict of laws and the constitution - interprovincial cooperatives ltd v. The Queen", U.N.C.L.R., 1977, vol. 11, p. 153.

(3) HERTZ M.T. : " "Interprovincial", the constitution, and the conflict of laws", U.T.L.J., 1976, vol. 26, p. 98.

ouvertes" (1). Ainsi, la décision rendue par la Cour Suprême dans l'arrêt *Interprovincial Cooperatives Ltd* exprime-t-elle toutes les virtualités expansionnistes du Parlement fédéral dans le champ de l'activité économique.

Mais, est-ce à dire cependant que ce "(...) renversement de l'attitude judiciaire en faveur du pouvoir du Dominion (...)" (2) en matière économique s'avère irrémédiablement acquis ? Rien n'est moins sûr tant les derniers développements jurisprudentiels laissent présager un réajustement de l'interprétation de la Cour Suprême plus conforme à un partage équilibré des compétences.

De fait, la décision unanime de la Cour dans l'arrêt *John MacDonald contre Vapor Canada Ltd* (3) témoigne d'une approche sensiblement plus restrictive à l'égard du pouvoir fédéral dans "la réglementation des échanges et du commerce". Cette affaire avait trait au problème de la concurrence déloyale. Monsieur MacDonald, ancien employé de Vapor Canada aurait puisé des renseignements confidentiels chez Vapor Canada avant de fonder sa propre entreprise. Aussitôt Vapor Canada demandait à la cour fédérale l'émission d'une ordonnance d'injonction interdisant à MacDonald l'usage de ces renseignements et l'obligeant à remettre les documents volés.

A la suite d'une argumentation très fouillée, la Cour Suprême en arriva, toutefois, à la conclusion que cette rupture de contrat ne pouvait être jugée par une cour fédérale sans que l'on soit en présence d'une usurpation par le Parlement fédéral du pouvoir judiciaire québécois. En rappelant que seule une cour provinciale québécoise était compétente pour examiner les dommages civils résultant d'une telle violation commise sur son territoire, la Cour Suprême donnait raison à l'appelant et le renvoyait devant le tribunal québécois. En conséquence, les articles 57(e), 53 et 55 de la loi fédérale sur la concurrence déloyale donnant à la cour fédérale une telle compétence juridictionnelle sont, en la circonstance, *ultra vires* de la juridiction fédérale :

"La position à laquelle j'aboutis dans cette cause, déclare le juge en chef LASKIN, est la suivante. Ni l'article 7 dans son ensemble, ni l'article 7(e) (...) ne pourraient valider la législation fédérale relative à la réglementation des échanges et du commerce ou à quelque autre source de l'autorité législative fédérale.

(1) LEDERMAN W.R. : "Unity and diversity in canadian federalism : ideals and methods of moderation", *op. cit.*, p. 607.

(2) WEILER P.C. : "The supreme court and the law of canadian federalism", *op. cit.*, p. 362.

(3) MacDONALD et al. v. Vapor Canada Ltd et al. (1976) 22 C.P.R. (2d), 1.

Ce serait, en une telle situation, une invasion évidente du pouvoir législatif provincial" (1).

Un jugement de cette nature revêt une importance cardinale dans la mesure où la Cour Suprême s'est attachée à délimiter la portée des prérogatives fédérales dans le domaine de l'activité économique. Sans conteste, en déclarant inconstitutionnelle une loi fédérale, l'arrêt *Vapor Canada* marque une étape fondamentale dans l'évolution jurisprudentielle de la Cour Suprême (2).

A cet égard, les conséquences de l'arrêt *Vapor Canada* se situent pour ainsi dire au plan psychologique : beaucoup étaient convaincus, non sans raison, jusqu'à cette décision, que la mansuétude jurisprudentielle de la Cour permettait au gouvernement fédéral d'investir comme bon lui semblait le champ de compétence provinciale dans le domaine économique. Dès lors, l'arrêt *Vapor Canada* vient brutalement démentir une telle conviction en sanctionnant "(...) la fin de l'expansion du pouvoir fédéral en matière de réglementation des échanges et du commerce" (3). Si cette décision ne semble pas, dans l'immédiat, augurer un renversement drastique de la jurisprudence de la Cour Suprême, elle représente néanmoins un encouragement pour ceux qui attendent de la haute juridiction canadienne une interprétation plus équilibrée en ce domaine.

(1) p. 34.

(2) HOGG P.W. : "L'invalidité d'une loi fédérale est en soi un événement d'importance dans le droit constitutionnel canadien, parce que jusqu'à cette décision pas une seule loi fédérale n'avait été invalidée par la Cour Suprême du Canada depuis l'abolition des appels au Conseil Privé", ("Constitutional law, trade marks Act, unfair competition provisions, criminal law and civil remedy, trade and commerce, treaty, stare decisis", R.B.C., 1976, vol. 54, p. 361).

cf. id. : HERMAN M.J. : "Introduction : the supreme court of Canada 1875-1975", op. cit., p. 5.

(3) WATSON M.S.F. : "A new look at the trade and commerce power", U.T.F.L.R. 1976, vol. 34, p. 263.

Paragraphe 2 - Le raffermissement des prérogatives fédérales dans le domaine du droit criminel

A l'instar de la clause du pouvoir résiduaire du Parlement fédéral ou de celle relative à "la réglementation des échanges et du commerce", les dispositions constitutionnelles en matière de droit criminel ont constitué une des bases du raffermissement des pouvoirs fédéraux au détriment des compétences provinciales.

Aux termes de l'article 91(27) (1) de l'A.A.N.B. de 1867, le droit criminel comme la procédure criminelle relèvent exclusivement de la juridiction fédérale. Toutefois, la législature provinciale se voit accordée en vertu de l'article 92(14) "l'administration de la justice dans la province, y compris la constitution, le maintien et l'organisation de tribunaux provinciaux, de juridiction tant civile que criminelle, y compris la procédure en matière civile dans ces tribunaux" (2).

En confiant ainsi aux provinces une compétence exclusive sur l'administration de la justice et au Parlement fédéral pleine autorité dans le domaine du droit criminel et de la procédure criminelle, les constituants canadiens avaient créé, sans le vouloir, les conditions d'éventuels chevauchements de compétence entre les deux ordres de gouvernement. En l'absence de tout critère d'affectation précis en la matière, il revenait, dès lors, à l'instance juridictionnelle d'éviter les empiètements législatifs provinciaux ou fédéraux.

Le Comité Judiciaire, à cet égard, fidèle à sa ligne jurisprudentielle, devait se montrer particulièrement vigilant à l'encontre des intrusions fédérales dans le champ provincial à la faveur du droit criminel. Aussi fut-il amené à préciser dans quelles limites le Parlement fédéral pouvait exercer sa juridiction dans le domaine du droit criminel. De fait, dans l'arrêt *Procureur Général de la Colombie Britannique v. Procureur Général du Canada*, le tribunal londonien mettait en garde les autorités fédérales contre tout empiètement injustifié en la matière (3). Partisan d'une stricte interprétation

(1) Le Parlement fédéral exerce pleine juridiction sur "le droit criminel, sauf la constitution des tribunaux de juridiction criminelle, mais y compris la procédure en matière criminelle".

(2) Par ailleurs, l'article 92(15) donne à la législature provinciale une compétence exclusive dans "l'imposition de sanctions, par voie d'amende, de pénalité ou d'emprisonnement, en vue de faire exécuter toute loi de la province (...)".

(3) "La seule restriction aux pouvoirs pléniers du Parlement fédéral de décréter ce qui est criminel ou non est la condition que le Parlement, sous le prétexte d'adopter une législation de nature criminelle, n'empiète pas véritablement et essentiellement sur quelque catégorie de sujets énumérés à l'article 92 (p. 375).

littérale de la constitution, le comité londonien ne chercha nullement à dépasser les dispositions relatives au droit criminel. En s'arrêtant à la lettre du texte (1), ce dernier s'attacha, ainsi, à préserver un partage équilibré des compétences entre le gouvernement fédéral et les provinces.

Qu'en allait-il devenir avec la Cour Suprême du Canada ? D'aucuns redoutaient que la nouvelle instance arbitrale suprême se serve du droit criminel comme levier centralisateur du fédéralisme canadien :

"Il ne peut y avoir aucun doute, remarque le professeur LE DAIN, que le pouvoir en droit criminel est une des plus importantes sources de juridiction fédérale dans son impact potentiel sur le pouvoir provincial (...). En effet, le droit criminel est ce que le Parlement dit qu'il est (...)" (2).

Les pressentiments des défenseurs de l'autonomie provinciale devaient, dans une large mesure, se révéler fondés. Sous les auspices jurisprudentiels de la Cour Suprême l'article 91(27) de l'A.A.N.B. ne cessa, en effet, de prendre "(...) la figure d'un concurrent particulièrement menaçant" (3) à l'endroit de la propriété et des droits civils provinciaux.

Depuis 1949, l'interprétation jurisprudentielle du tribunal canadien en matière de droit criminel se distingue par une certaine évolution. A une approche relativement restrictive des années 1950 a succédé une compréhension plus souple des dispositions des articles 91(27) et 92(14) au début des années 1960.

A . L'attitude restrictive de la Cour Suprême des dispositions relatives au droit criminel dans la décennie 1950.

Dès 1953, la Cour Suprême justifiait d'une manière pour le moins contestable un empiètement du Parlement fédéral sur les compétences

(1) Dans l'arrêt Procureur Général de l'Ontario v. Hamilton St. (1903) A.C. 524, le Comité Judiciaire estimait que "les termes par lesquels on a attribué le droit criminel au Dominion du Canada sont clairs et intelligibles et doivent être interprétés dans leur sens normal et leur signification ordinaire" (p. 529).

(2) LE DAIN G. : "Essay on the canadian constitution", rapport remis à la Commission Royale sur le bilinguisme et le biculturalisme, 1966, p. 37.

(3) TREMBLAY A. : "Les compétences législatives au Canada et les pouvoirs provinciaux en matière de propriété et de droits civils", op. cit., p. 310, cf. id. p. 311.

provinciales en se fondant sur le droit criminel. En effet, dans l'arrêt *Industrial Acceptance v. la Reine* (1) la Cour autorisa le gouvernement fédéral à envahir la "propriété et les droits civils" de la province en confisquant les biens utilisés pour la perpétration d'un crime. Toutefois c'est avec l'affaire *Johnson* que la Cour Suprême jugea sa "(...) première cause importante (...) " (2) dans le domaine du droit criminel.

1 - L'arrêt *Johnson v. Procureur Général de l'Alberta* (3)

La Cour avait, en l'espèce, à déterminer si l'article 3 (4) de la Loi sur les machines à sous relevait de la compétence de la législature de l'Alberta. Une majorité se dégagait pour invalider la loi provinciale qui empiétait sur le droit criminel et faisait, par conséquent, double emploi avec la législation fédérale.

A cet égard, le Juge RAND considéra que dans la mesure où les machines à sous visées par la loi étaient les mêmes que celles traitées par le Code criminel, la loi provinciale devenait invalide. Le Code criminel recouvrait, dès lors, tout le domaine faisant l'objet de la législation provinciale. Ainsi la procédure mise en oeuvre par la province doublait, selon la Cour, les dispositions du Code et constituait une intrusion dans le champ de la juridiction fédérale :

"Le droit criminel a pour but de réprimer toute contravention, et toute législation locale qui viendrait le compléter et tendrait de la sorte à affaiblir ou à compliquer son administration constituerait une immixtion dans le pouvoir exclusif du Parlement" (5).

Après avoir souligné que les machines à sous relevaient de la

(1) (1953) R.C.S. 273, cf. juge CARTWRIGHT, p. 286 : celui-ci estima qu'une loi prévoyant la confiscation de biens utilisés pour commettre une infraction criminelle est une loi relative au droit criminel.

(2) WEILER P.C. : "The supreme court and the law of canadian federalism", op. cit., p. 355.

(3) (1954) R.C.S. 127.

(4) Slot Machine Act, chap. 333 ; S.R.A. -1942, art. 3 : Nul ne peut être propriétaire de machines à sous ni titulaire de droits de propriété sur celles-ci dans la province et nulle cour de compétence civile ne doit reconnaître un quelconque droit de propriété sur une machine à sous ni lui donner effet".

(5) p. 138.

définition du paragraphe 4 de l'article 986 du Code criminel (1), le juge LOCKE recourt à l'article 91(27) pour fonder l'invalidation de la loi provinciale :

"La décision dans cette affaire ne dépend pas uniquement, à mon avis, du fait que si cette loi provinciale a été légalement adoptée il y a un conflit patent avec le Code criminel ; je suis au contraire d'avis que le motif principal qui doit emporter la décision est que le Parlement possède, en vertu du paragraphe 27 de l'article 91, une compétence exclusive pour légiférer en ce qui concerne le jeu" (2).

A la décharge de la législature provinciale, le juge CARTWRIGHT reconnaît que la loi litigieuse ne prévoyait aucune forme d'amende ou d'emprisonnement. Mais, par ailleurs, remarque-t-il, en prévoyant une procédure en vue de la saisie et la confiscation des machines à sous, cette loi relève alors du droit criminel. Force lui est donc de conclure que la législature provinciale a outrepassé ses droits en la matière :

"Je n'arrive pas à rattacher la loi en cause à aucun but provincial entrant dans le cadre des paragraphes 13 ou 16 de l'article 92 de l'Acte de l'Amérique du Nord Britannique. (...) Les dispositions de la loi qui est ici en cause me semblent indivisibles ; elles ne se rattachent qu'à l'interdiction de détenir des moyens de jouer à des jeux de hasard et à la punition d'une telle conduite, c'est-à-dire au droit criminel ; elles me semblent donc ultra vires de la législature dans son ensemble" (3).

Cette argumentation majoritaire de la Cour nous semble contestable et prête, à tout le moins, le flanc à la critique. De fait, il y a lieu de constater avec le juge KERWIN qu'il n'est fait état nulle part d'aucun droit de propriété sur les machines à sous par la législature albertaine. En outre, il s'avère étonnant que l'on ait voulu voir dans la Loi sur les machines à sous une tentative de créer une infraction ou une peine. De telles allégations nous paraissent, à cet égard, sans fondement. Et le juge KERWIN d'affirmer avec justesse que la province agissait, en la circonstance, dans la limite de ses pouvoirs conférés par l'article 92(13) et (16) relatifs à la propriété et aux

(1) L'article 986 alinéa 4 du Code criminel a été modifié en 1938. Il englobe les machines à sous sauf en ce qui concerne les services de vente, et stipule que "si une maison, une chambre ou un endroit est trouvé muni ou pourvu d'une telle machine, il doit exister une présomption irréfutable que cette maison, cette chambre ou cet endroit est une maison de jeu".

(2) p. 155.

(3) p. 168.

droits civils ainsi qu'aux "matières d'une nature purement locale ou privée dans la province". Par conséquent :

"La loi contestée n'est ni du droit criminel ni accessoire au droit criminel (...). Je n'interprète pas cette loi comme visant le jeu et elle ne vise donc pas, à mon avis, le même domaine que les dispositions citées du Code Criminel" (1).

A cet égard, prétendre que la loi litigieuse sanctionne d'une infraction la possession des machines à sous et fait de leur confiscation une peine relève, à notre avis, d'une présomption gratuite. Car aucune disposition du texte incriminé ne permet expressément d'arriver à cette conclusion. De plus, l'article 3 de la loi énonce que les machines à sous ne sauraient faire l'objet dans la province ni de propriété, ni de droits de propriété. Dès lors, un tel principe est suffisamment clair pour faire entrer une telle loi dans le champ de l'article 92(13).

La confusion jurisprudentielle dans cette affaire provient en fait, de l'utilisation de mauvais critères dans la détermination de la nature de la loi provinciale. Or, la majorité de la Cour Suprême semble avoir confondu l'effet et le but de la loi mise en cause. Le juge ESTEY ne manque pas, en l'occurrence, de souligner avec raison qu'il convient de s'arrêter à l'effet et non au but de la législation albertaine. En la circonstance, l'effet de la loi était simplement d'éviter, en contrôlant l'utilisation des machines à sous, le développement de tendances criminelles susceptibles de nuire à la société. C'est dire qu'en privilégiant avant tout le but de la loi, la Cour Suprême a contribué à réduire dangereusement les prérogatives provinciales dans le domaine du droit criminel :

"(...) en ce qui concerne des biens tels que les machines à sous, une législature peut, si elle les estime inopportuns, légiférer en vue d'en interdire l'utilisation ; il importe peu alors que le Parlement ait fait entrer des dispositions qui les concernent dans une loi relative au droit criminel. Conclure en sens contraire, ajoute le juge ESTEY, reviendrait à priver la province de sa capacité législative d'empêcher l'utilisation de tels biens (...)" (2).

Avec l'arrêt Johnson, l'on réalise en définitive toute la difficulté de l'arbitrage constitutionnel dans une matière comme le droit criminel (3).

(1) p. 133.

(2) p. 145-146.

(3) Le juge KERWIN ne déclarait-il pas à ce sujet que "(...) dans les domaines précis du droit constitutionnel qui nous préoccupent, la marge entre la validité et l'invalidité est extrêmement étroite" (p. 135).

Sans vouloir taxer la Cour Suprême d'avoir jugé arbitrairement, on ne peut que regretter une certaine ambiguïté dans ses considérants. Certes, si ce jugement "(...) ne signifie pas l'éclipse des pouvoirs provinciaux" (1) dans le domaine du droit criminel, il en illustre, en toute connaissance de cause, une singulière atténuation.

2 - L'arrêt Birks H. & Sons ltd v. Cité de Montréal (2)

L'affaire Birks donna à nouveau l'occasion à la Cour Suprême de permettre au gouvernement fédéral d'envahir, sur la base des dispositions du droit criminel, les droits civils de la province de Québec. En l'espèce, le tribunal canadien se devait de déterminer si une législation édictée par la Ville de Montréal en vue de contraindre par sanction pénale l'observance des fêtes religieuses relevait des droits civils ou d'une matière strictement locale et de nature privée de la province.

Contre toute attente, la Cour fut unanime pour déclarer la loi québécoise ultra vires de la compétence provinciale au motif qu'elle empiétait sur les prérogatives du Parlement fédéral en matière criminelle. Rappelant curieusement qu'une législation de la sorte faisait traditionnellement partie du droit criminel au Canada comme en Grande-Bretagne, le juge FAUTEUX concluait à la compétence exclusive de la juridiction fédérale :

"Il reste donc que, dans la conception du Parlement impérial, une législation pour contraindre à une observance, même relative, des fêtes religieuses, appartient à la branche du droit criminel. On ne peut, sans raison, écarter cette conception qui est virtuellement celle du législateur lui-même, et de ce même législateur qui a défini les pouvoirs respectifs du Parlement et des législatures" (3).

Recourir au rappel historique pour fonder l'appartenance de la législation québécoise au droit criminel a quelque chose de surprenant. Et cela

(1) LEIGH L.H. : "The supreme court and the canadian constitution", op. cit., p. 332.

(2) (1955) R.C.S. 799. La même année, dans l'arrêt Klein v. Bell (1955) R.C.S. 309, la Cour Suprême jugea que les provinces ne pouvaient altérer les dispositions de la loi de la preuve sur cette question. Par ailleurs, dans l'arrêt Good Year Tire v. la Reine (1956) R.C.S. 303, le juge LOCKE rappelait que "le pouvoir du Parlement s'étend aussi bien à une législation mise en oeuvre pour la prévention du crime que pour sa répression" (p. 308).

(3) p. 809.

d'autant plus que l'objet même de la loi était de toute évidence de réduire le travail des employés et d'empêcher la vente des marchandises. On se trouvait, par conséquent, en l'espèce, en face d'une réglementation d'un commerce local qui relevait légitimement de la compétence provinciale. Qu'une telle opinion n'ait pu se baser sur "(...) le plus léger fondement ou appui qui résiste à l'examen" (1) ne présume pas, à notre avis, d'une mauvaise argumentation.

D'aucuns, à cet égard, n'ont pas manqué de critiquer les motifs pour le moins restrictifs de ce jugement. Assimiler une législation sur la réglementation du dimanche au droit criminel participe d'un abus flagrant d'interprétation. Le règlement, considère le professeur GARANT, devait être validé car "(...) ce qu'il limite directement, c'est la liberté de commerce et la liberté de travail (...)" (2) qui recouvrent, stricto sensu, des matières locales ou privées de la province. Aussi l'utilisation du droit criminel pour justifier l'invalidité d'un règlement soupçonné (3) d'attenter à la liberté de religion, demeure, en la circonstance, un procédé inacceptable. La Cour Suprême recourait à nouveau à ce dernier dans l'arrêt *Switzman v. Elbling*.

3 - L'arrêt Switzman v. Elbling (4)

Le tribunal suprême avait, dans ce litige, à analyser la loi québécoise dite "Loi protégeant la province contre la propagande communiste". Ce texte législatif stipulait qu'il était illégal pour toute personne possédant une maison de l'utiliser pour propager le communisme par quelque moyen

(1) Juge RAND, p. 813.

(2) GARANT P. : "La liberté religieuse et le droit positif québécois", R.B. 1967, vol. 27, p. 366.

cf. BEETZ J. : l'auteur écrit : "Il nous semble que c'est résoudre le problème sur une base bien étroite (...). Se contenter d'établir en 1955 que le conformisme religieux relève du droit criminel, c'est contribuer à maintenir des catégories périmées (...)" ("Le contrôle juridictionnel du pouvoir législatif et les droits de l'homme dans la constitution du Canada", R.B. 1958, vol. 18, p. 368).

(3) Ibid. GARANT P., p. 366.

(4) (1957) R.C.S. 285. L'année précédente, dans l'arrêt *Goodyear Tire v. la Reine* (1956) R.C.S. 303, la Cour avait jugé valide une incursion du Parlement fédéral dans le domaine commercial en matière criminelle. Justifiant ainsi la législation fédérale sur les enquêtes relatives aux coalitions commerciales, le juge LOCKE estimait que "le pouvoir du Parlement s'étend à une législation établie aussi bien pour prévenir que punir le crime" (p. 308).

que ce soit. Il y avait lieu de déterminer si une telle loi relevait bien de la législature provinciale du Québec.

Considérant que seul le Parlement avait qualité de déclarer qu'une activité ou une conduite pouvait être qualifiée de crime, la Cour Suprême concluait à l'invalidité de la loi québécoise. Pour le juge KERWIN, dans une affaire qui soulève des problèmes constitutionnels, "(...) il est important de ne rien dire qui ne soit nécessaire" (1). De fait, son argumentation repose sur un seul motif. Il suffit de décider que le caractère de la loi litigieuse soit relatif au droit criminel pour en déterminer son inconstitutionnalité :

"A mon avis, il est suffisant de déclarer que la loi est relative au droit criminel, domaine sur lequel le paragraphe 27 de l'article 91 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique accorde une compétence législative exclusive au Parlement du Canada" (2).

Pour la haute juridiction, pour avoir utilisé une réglementation assortie de sanctions contre la propagande communiste, la législature provinciale s'est arrogée indûment le droit de légiférer sur des matières exorbitantes par rapport à l'article 92. Et le juge RAND de souligner avec force que l'interdiction d'une telle propagande relève du droit criminel aux termes des articles 60, 61 et 62 du Code criminel relatifs à la sédition. Dès lors, "(...) aux fins de l'espèce, conclue-t-il, il est suffisant de dire qu'il ne s'agit pas d'un domaine pouvant être réglementé par les provinces" (3). Dans la mesure où l'objet légal de la loi est de prohiber par des sanctions pénales toute propagande communiste, cette prohibition s'apparente à un acte criminel qui ressort, par là-même, de la compétence fédérale :

"En l'espèce, remarque le juge FAUTEUX, la matière de la disposition principale - prohibition de la propagande communiste - n'en est certes pas une qui en soi tombe dans la catégorie des sujets énumérés en l'article 92 comme étant de la compétence de la législature. Seul le Parlement, légiférant en matière criminelle, a compétence pour décréter, définir, défendre et punir ces matières d'un écrit ou d'un discours qui, en raison de leur nature, lèsent l'ordre social ou la sécurité de l'Etat" (4).

Tout aussi cohérente qu'elle soit, l'argumentation de la Cour nous semble guère convaincante sur le plan strictement juridique. Certes, le tribunal canadien a tout à fait raison de rappeler l'autorité exclusive du

(1) p. 288.

(2) *ibid.*

(3) p. 307.

(4) p. 320.

Parlement sur le droit criminel. Mais vouloir critiquer la constitutionnalité de la loi québécoise sous prétexte qu'elle constitue un empiètement législatif dans le domaine fédéral en matière criminelle demeure contestable. De fait, l'invalidité de la loi litigieuse ne pourrait se fonder que dans la mesure où cette dernière avait qualifié la propagande communiste d'acte criminel. Or, comme le constate le juge TASCHEREAN dans son opinion dissidente "(...) tel n'est pas le cas qui se présente à nous" (1). Il convient, à cet égard, de faire clairement la distinction entre la répression d'un crime et l'acte de prévention institué par la loi :

"La législature, en effet, n'a érigé aucun acte au niveau d'un crime, et elle n'a nullement donné le caractère de criminalité à la doctrine communiste. Si la législature n'a pas le droit de créer des offenses criminelles, elle a le droit de légiférer pour prévenir les crimes, les désordres, comme la trahison, la sédition, les attroupements illégaux, déclarés des crimes par l'autorité fédérale (...)" (2).

On ne peut, par conséquent, que déplorer un recours au droit criminel, aussi fréquent qu'injustifié, pour asseoir la juridiction fédérale au détriment des provinces. Cet artifice juridique s'avère d'autant moins admissible qu'il permet à la Cour Suprême de sacrifier l'autonomie provinciale sur l'autel de la liberté d'expression (3). C'est dire combien une telle opération jurisprudentielle n'a pas, de toute évidence, "(...) augmenté les pouvoirs provinciaux (...)" (4).

4 - L'arrêt Lord's Day Alliance of Canada v. Procureur Général de la Colombie Britannique (5).

Avec le jugement rendu dans l'arrêt Lord's Day Alliance, la

(1) p. 294.

(2) Juge TASCHEREAU, *ibid.*

(3) GARANT P. souligne le caractère quelque peu discrétionnaire de l'invalidité de la loi québécoise : "Il est possible que la technique législative utilisée soit celle du droit criminel, mais il est inadmissible, en partant de là, de conclure que toute réglementation ou limitation des libertés publiques soit hors de la portée du législateur provincial" ("La liberté religieuse et le droit positif québécois", *op. cit.*, p. 367-368).

(4) LEIGH L.H. : "The supreme court and the canadian constitution", *op. cit.*, p. 331.

(5) (1959) R.C.S. 497.

Cour Suprême revenait à de meilleurs sentiments dans son interprétation des dispositions relatives au droit criminel. Celle-ci déclara, en effet, une loi de la Colombie Britannique portant sur l'observation du dimanche *intra vires* de la compétence provinciale au motif de son caractère strictement permissif.

Ainsi, comme les actes autorisés par le texte litigieux n'étaient pas antérieurement interdits, leur autorisation s'appuyait sur les alinéas 13 et 16 de l'article 92. Dès lors, "(...) la législation permissive en cause ici (...) relève de la compétence des législatures provinciales" (1). C'est aussi autour du caractère permissif de la loi colombienne que se développe l'argumentation du juge RAND. Ce dernier considère, à cet égard, qu'une loi s'avère permissive "(...) s'il n'y a aucune prohibition de l'activité qui en fait l'objet (...) " (2). De ce fait, le caractère non prohibitif d'un texte législatif vient de ce que celui-ci n'interdit pas une activité en temps qu'infraction criminelle.

Or, en l'espèce, la permissivité de la loi contestée se fonde sur la déclaration formelle de la faculté d'agir d'une manière particulière et non d'une interdiction d'agir de cette façon :

"La transformation d'un état négatif caractérisé par l'absence d'interdiction d'un acte en une affirmation positive caractérisée par l'autorisation d'accomplir cet acte constitue (...) une cause suffisante permettant à la province d'exercer sa compétence législative" (3).

Le fondement non prohibitif de la loi sur l'observation du dimanche trouvait un éclairage particulier dans son article 6 (4). En effet, l'on remarque que le champ d'application de cet article exclut à la fois les lois adoptées avant l'entrée en vigueur de la loi et celles qui ont pu être adoptées par la suite. Dès lors, les termes mêmes de cette disposition impliquent nécessairement que les activités autorisées par la loi ne sont pas passibles

(1) Juge KERWIN, p. 503.

(2) p. 505.

(3) Juge RAND, p. 507-508.

(4) Loi sur le Dimanche S.R.C. 1952, ch. 171, art. 6 : "Sauf les dispositions d'une loi provinciale actuellement ou désormais en vigueur, il est défendu, le dimanche, de prendre part à un concours ou à un jeu publics, dans un but de gain, de prix ou de récompense, ou d'y assister (...)"

d'interdiction (1).

Sans conteste, l'intérêt de cet arrêt réside dans le choix du critère de validation d'une loi provinciale susceptible d'empiéter sur le champ fédéral en matière criminelle. Au-delà de toute considération à apporter à la valeur de la distinction opérée par la Cour Suprême, d'aucuns ont noté qu'une telle validation conférait à la province "(...) un pouvoir constitutionnel indépendant pour édicter sa propre loi "permissive" " (2).

En réalité, ainsi, combien l'interprétation restrictive par la Cour des dispositions relatives au droit criminel a pu amoindrir dans de nombreux cas les compétences législatives des provinces. Avec la décennie 1960, le tribunal canadien devait adopter une approche plus ouverte en la matière.

B - L'ouverture de la Cour Suprême dans l'interprétation des
dispositions relatives au droit criminel dans la décennie 1960

La fin des années 1950 ponctue une certaine rupture jurisprudentielle de la Cour dans son interprétation des dispositions constitutionnelles afférant au droit criminel. Cette nouvelle démarche interprétative va se traduire au cours de la décennie 1960 par une jurisprudence sensiblement moins anti-provinciale. Ainsi, dès 1960, dans les arrêts *Stephens v. la Reine* (3) et *Smith v. la Reine* (4), la Cour maintenait les deux condamnations infligées par la législation provinciale. Toutefois, l'arrêt le plus significatif de cette nouvelle attitude de la Cour dans le domaine du droit criminel reste, certainement, la décision rendue dans le litige *O'Grady v. Sparling*.

(1) Le juge LOCKE déclare à cet égard : "L'expression "une loi provinciale actuellement ou désormais en vigueur" indique très clairement que si la province, en exerçant les pouvoirs que lui confèrent les paragraphes 13 et 16 de l'article 92 (...) devait autoriser ces activités, l'interdiction ne s'y appliquerait pas" (p. 511).

(2) WEILER P.C. : "The supreme court and the law of canadian federalism", op. cit., p. 315.

(3) (1960) R.C.S. 823, cf. juge en chef KERWIN p. 827. (L'appelant soutenait une loi provinciale qui interdisait le défaut de rester sur les lieux d'un accident bien que le Code criminel interdisait par ailleurs un tel manquement).

(4) (1960) R.C.S. 776, cf. juge en chef KERWIN, p. 781. (L'appelant soutenait une interdiction provinciale de fournir des renseignements erronés par voie publicitaire bien que le Code criminel sanctionnait de son côté la fabrication des fausses déclarations).

1 - L'arrêt O'Grady v. Sparling (1)

La Cour Suprême, dans cette affaire, avait à se prononcer sur la question de savoir si l'article 55 alinéa 1 (2) de la Highway Traffic Act du Manitoba relevait bien de la compétence législative de la province. L'objet de cet article étant de réglementer et de surveiller la circulation sur les routes de la province, il convenait, dès lors, de déterminer s'il existait une différence fondamentale entre les dispositions de cet article et celles stipulées par l'article 191 (3) du Code criminel.

Refusant de suivre les conclusions du juge CARTWRIGHT (4), le tribunal suprême estima que la loi mise en cause n'entraînait pas en conflit avec l'infraction de conduite dangereuse créée par le Code criminel et la jugea, par conséquent, valide. En rejetant la prétention d'une identité absolue entre la législation provinciale et les dispositions du Code criminel, la haute juridiction écartait ainsi toute primauté de la législation fédérale (5) :

"Il existe, déclare le juge JUDSON, entre l'objet de ces deux textes législatifs une différence fondamentale, dont l'argument de l'appelant ne tient pas compte. C'est une différence de nature et non simplement de degré" (6).

(1) (1960 R.C.S. 804.

(2) HIGHWAY TRAFFIC ACT, S.R.M., ch. 112, art. 55 : "1) Toute personne qui conduit un véhicule à moteur ou un autobus à trolley sur une route sans apporter un soin ou une attention convenable à la conduite ou sans se soucier d'une manière raisonnable des autres usagers de la route est coupable d'une infraction".

(3) Article 191 du Code criminel : 1) "est coupable de négligence criminelle quiconque a) en faisant quelque chose ou b) en omettant de faire quelque chose qu'il est de son devoir d'accomplir, montre une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vie ou de la sécurité d'autrui".

Par ailleurs l'article 221 du Code criminel stipule : 1) "Quiconque est criminellement négligent dans la mise en service d'un véhicule à moteur est coupable : a) d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de cinq ans ou, b) d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité."

(4) Ce dernier déclarait : "(...) le champ dans lequel le texte législatif incriminé cherche à entrer est exclusivement réservé au Parlement au paragraphe 27 de l'article 91. C'est un champ dans lequel il est interdit à la législature provinciale d'entrer, que le Parlement en ait ou non occupé une partie quelconque" (p. 819).

(5) La théorie de la primauté de la législation fédérale ne peut être invoquée que s'il existe une incompatibilité réelle, un conflit véritable entre les deux législations.

(6) p. 808.

Dès lors que les "(...) deux textes législatifs se distinguaient tant par leur but législatif que par leurs résultats juridiques et pratiques (...) (1), il ne pouvait y avoir, selon la Cour, de conflit véritable entre les deux législations. Ainsi, l'absence d'une "(...) identité réelle" (2) entre la loi provinciale et l'article 221 du Code criminel justifiait la validité de l'article 55(1) de la législation provinciale.

La signification d'un tel jugement se situe à deux niveaux. D'une part, il illustre le déclin incontestable de l'influence de certains juges de la Cour qui penchaient "(...) en faveur de contrôles plus stricts des lois provinciales (...) (3). L'arrêt *O'Grady v. Sparling* ouvre, à cet égard, dans le domaine du droit criminel, une ère jurisprudentielle plus favorable aux prérogatives provinciales. A travers cette décision, le tribunal canadien semble, d'autre part, systématiser son attitude vis-à-vis de la doctrine du champ occupé. En faisant valoir une nouvelle fois (4) une incompatibilité entre les deux textes législatifs, la Cour a par là-même protégé la compétence provinciale des appétits fédéraux. Les juges canadiens sembleraient, en la circonstance, s'éloigner d'une conception conflictuelle des rapports entre les deux ordres de législature pour se rapprocher d'une conception basée sur "(...) une concurrence fonctionnelle dans le domaine criminel" (5).

D'autres décisions jurisprudentielles ultérieures témoignent de cette ouverture de la Cour en matière criminelle. Ainsi dans l'arrêt *Fawcett v. Procureur Général de l'Ontario* (6), le juge CARTWRIGHT validait le *Mental Health Act* au motif que les dispositions de cette loi provinciale entraîneraient un résultat différent par rapport aux dispositions du Code criminel. Respectueuse, en l'espèce, des pouvoirs provinciaux, ce jugement ne fut pas, toutefois, au goût de tout le monde (7). Par ailleurs, dans l'arrêt *Mann v. la Reine* (8), le juge MARTLAND considéra que l'article 221 du Code criminel

(1) Juge JUDSON, p. 812.

(2) TREMBLAY G. : "Droit constitutionnel", J. 1964-1969, p. 191.

(3) WEILER P.C. : "The supreme court and the law of canadian federalism", op. cit., p. 359.

(4) La Cour Suprême adopta une attitude semblable dans le renvoi relatif aux questions soumises au sujet de la loi des véhicules automobiles de la Saskatchewan (1958) R.C.S. 608. Cf. *ibid.* : *Smith v. la Reine* (1953) R.C.S. 95 ; *Stephens v. la Reine* (1960 R.C.S. 823.

(5) WEILER P.C., *ibid.*, p. 359.

(6) (1964) R.C.S. 625.

(7) MARTENS E.A. : Regrettant que la Cour n'ait pas appliqué, en l'espèce, le principe de la suprématie de la loi fédérale, l'auteur s'étonne que les juges aient ainsi "(...) ignoré ce qui pourrait paraître une claire invasion du pouvoir fédéral en matière de procédure criminelle (...) ("Constitutional law - validity of Mental Hospitals Act (Ont.) S. 38", U.T.F.L.R. - 1965, vol. 23, p. 142).

(8) (1966) R.C.S. 238.

relatif à la conduite dangereuse, n'invalidait pas une dispositions provinciale portant sur le même sujet. L'importance de cette décision ne fait aucun doute. D'aucuns, à cet égard, ont pu estimer que dorénavant, "(...) il serait surprenant de voir la Cour Suprême invalider une législation provinciale qui doublerait ou compléterait les dispositions du Code criminel" (1). Cette interprétation, pour le moins équilibrée, de la Cour dans le domaine du droit criminel marquait cependant le pas avec l'affaire Robertson & Rosetanni.

2 - L'arrêt Robertson & Rosetanni v. la Reine (2)

La Cour, en l'espèce, devait à nouveau s'appuyer sur le droit criminel pour justifier l'invalidation d'une législation provinciale. Dans cette affaire, des prévenus avaient été accusés d'avoir organisé un commerce de quilles le dimanche au mépris de l'article 4 de la loi du dimanche. Refusant de considérer qu'une telle loi entraînait une restriction à la liberté religieuse, le juge RICHTIE concluait :

"Comme on l'a déjà indiqué, la législation visant à maintenir le caractère sacré du dimanche existe, dans ce pays, depuis son origine et (...) on l'a considérée comme faisant partie du droit criminel au sens le plus large" (3).

Toutefois, dans son opinion dissidente, le juge CARTWRIGHT rejetait cette approche jurisprudentielle. S'il estime qu'il revient au Parlement fédéral "(...) de décider s'il y a lieu d'imposer, sous peine de sanctions pénales, certaines normes de conduite religieuse à toute la population" (4), c'est désormais aux tribunaux qu'incombe, par le biais de la Déclaration canadienne des droits, la responsabilité de juger si la loi litigieuse enfreint la liberté de religion. Dès lors, le gouvernement fédéral ne saurait se prévaloir des dispositions de l'article 91(27) de l'A.A.N.B. pour déclarer inopérante la législation provinciale.

Ainsi, cet arrêt est-il révélateur d'une attitude traditionnelle de la Cour Suprême qui continue à se baser sur le droit criminel pour rejeter une législation provinciale se rattachant aux libertés fondamentales.

(1) BOLTON M. & BANNO R. : "Mann v. The Queen : dangerous and careless driving, advertent and inadvertent negligence and the paramountey doctrine", U.B.C.L.R. 1967-1968, vol. 3, p. 299.

cf. id. BEATTY D.M. : "Constitutional law - criminal law - provincial offences of careless driving", O.H.L.J. - 1967, vol. 5, p. 71.

(2) (1963) R.C.S. 651.

(3) p. 658.

(4) p. 662.

3 - L'arrêt Procureur Général de la Colombie Britannique
v. Smith (1)

Il s'agissait, pour la Cour, de savoir si la Loi sur les jeunes délinquants était intra vires comme étant une législation criminelle ou ultra vires comme étant une législation se rapportant au bien-être des enfants et par là-même empiétant sur les droits des provinces de punir les infractions aux lois provinciales.

Dans ses conclusions, les juges en vinrent à la conclusion que cette loi relevait de la compétence fédérale. Refusant de l'assimiler à une législation adoptée sous les apparences du droit criminel pour empiéter sur les matières réservées aux provinces, la Cour considéra que la Loi sur les jeunes délinquants, tant par sa nature que par son caractère, demeurait une législation authentique se rapportant au droit criminel.

Dans son jugement, la haute juridiction considéra, en particulier, que la prise en charge d'un jeune délinquant par des moyens non criminels n'attentait pas aux pouvoirs fédéraux dans le domaine criminel :

"L'Acte traite de la délinquance juvénile dans ses rapports avec le crime et la prévention du crime, un problème humain, social et vivant d'intérêt public, dans les éléments constitutants, la diminution et la solution des distinctions juridictionnelles d'ordre constitutionnel qui sont évidemment et véritablement estimés par le Parlement comme étant d'aucune importance" (2).

L'utilisation du pouvoir fédéral en matière criminelle dans le domaine des infractions provinciales s'avère à plus d'un titre "(...) contestable" (3). D'aucuns estiment que par un tel jugement, la Cour Suprême a permis au gouvernement fédéral d' "(...) envahir un important domaine : celui de la législation sociale" (4).

(1) (1967) R.C.S. 702.

(2) Juge FAUTEUX, p. 710.

(3) WEILER P.C. : "The supreme court and the law of canadian federalism", op. cit., p. 353.

(4) BROSSARD J. : "La Cour Suprême et la constitution : le forum constitutionnel du Canada", op. cit., p. 213.
 cf. ibid. : McNAIRN C.H. : "(...) on peut dire qu'il y a beaucoup de raisons contraignantes pour soutenir la position provinciale dans l'arrêt Smith. (...) Le jugement (...) dérive, à coup sûr, de la portée large qui est donnée au pouvoir fédéral dans le domaine du droit criminel" ("Constitutional law - Juvenile Delinquents Act characterized as criminal law legislation", R.B.C. 1968, vol. 46, p. 482).

La jurisprudence de la Cour Suprême dans le domaine du droit criminel pendant les années 1960 manifeste, dans son ensemble, une attitude beaucoup plus souple à l'endroit des prérogatives provinciales. Loin d'être épisodique, cette tendance semble s'affirmer de plus en plus à l'heure actuelle comme en témoigne l'arrêt *Di Iorio & Fontaine* (1).

En l'espèce, la Cour Suprême avait à examiner le pourvoi en appel de deux témoins qui, lors de leur convocation devant la Commission d'enquête sur le crime organisé, avaient refusé de témoigner devant celle-ci en invoquant l'inconstitutionnalité de cet organisme d'enquête. La question était, dès lors, de savoir si le mandat confié à la C.E.C.O. relevait de la compétence fédérale au titre du droit criminel et de la procédure criminelle ou s'il s'inscrivait dans le champ de la compétence provinciale au titre de l'administration de la justice dans la province.

Le juge en chef LASKIN, dans son opinion dissidente soutenait que les termes mêmes du mandat visaient des résultats se situant "(...) en substance au-delà de la compétence provinciale" (2). Son argumentation reposait sur l'idée (3) suivante : tout ce qui touchait de près ou de loin au droit criminel et à la procédure en matière criminelle ne pouvait être abordé par les législatures provinciales que sous l'autorité de la juridiction fédérale.

La majorité du tribunal suprême refusait de suivre son juge en chef dans une pareille interprétation qui restreignait aussi considérablement la portée de l'article 92(14). En effet, la Cour jugea que l'organisme d'enquête entraînait dans les dispositions relatives à "l'administration de la justice dans la province" et relevait, par conséquent, de la législature provinciale du Québec.

Dans une démonstration d'une remarquable clarté, le juge DICKSON s'attacha, tout d'abord, à restituer à l'article 92(14) sa portée véritable (4). Écartant, à cet égard, toute interprétation restrictive des mots "l'administration de la justice", ce dernier rétablissait, ensuite, les

(1) *Di Iorio N. & Fontaine G. v. Commission d'enquête sur le crime organisé de la ville de Montréal* (1976) N.R. 361.

(2) p. 429.

(3) p. 428.

(4) Pour le juge DICKSON, "les mots 'l'administration de la justice' au par. (14) de l'art. 92 sont destinés à avoir une portée étendue. Ils comprennent, mais non exclusivement, la création, le maintien et l'organisation de tribunaux provinciaux, de juridiction tant civile que criminelle et ils comprennent la procédure en matière civile" (p. 388).

compétences fédérale et provinciale en matière criminelle dans leurs domaines respectifs :

"(...) je suis également d'avis que "procédure en matière criminelle" n'est pas synonyme de "justice criminelle" et que l'expression "procédure en matière criminelle" employée dans l'A.A.N.B. ne retranche pas des mots "l'administration de la justice" au par. 14 de l'article 92 une partie essentielle de leur signification, l'élément "justice criminelle" " (1).

En considérant que l'expression "l'administration de la justice" était autonome parce qu'elle constituait "(...) une source indépendante de la compétence provinciale" (2), la Cour Suprême confirmait sans ambiguïté la thèse provincialiste soutenue par la Québec. Ainsi, en freinant sensiblement l'interprétation dangereusement centralisatrice que les autorités fédérales entendaient donner aux dispositions de droit criminel, la haute juridiction a, sans conteste, contribué "(...) puissamment à un meilleur équilibre au sein du fédéralisme canadien" (3).

(1) p. 393.

(2) *ibid.*, p. 393.

(3) RYAN C. : "Une grande victoire pour les provinces", Le Devoir, 3 avril 1976, p. 4.

CHAPITRE II : LE ROLE DE LA COUR SUPREME DANS L'ASSOUPPLISSEMENT DE LA STRUCTURE FEDERALE

L'impact de la Cour Suprême sur l'assouplissement de la structure fédérale s'analyse dans son approche jurisprudentielle à l'égard de la délégation des pouvoirs législatifs entre les deux ordres de gouvernement.

Le pouvoir des organes législatifs de déléguer une partie de leurs attributions à des organes exécutifs avait été admis au lendemain de la Confédération par le Comité Judiciaire. Ainsi, dans l'arrêt *Hodge v. la Reine* (1), le tribunal londonien reconnaissait-il que les législatures canadiennes pouvaient déléguer leur autorité législative à des organismes subalternes :

"(...) la législature locale exerce un pouvoir souverain et possède la même autorité (...) que le Parlement du Dominion aurait dans des circonstances analogues, de conférer à une institution municipale ou à un organisme de sa création, le pouvoir d'adopter des règlements ou des résolutions sur les sujets mentionnés à la loi, en vue de la mise en vigueur et de la mise en application de celle-ci" (2).

Toutefois, le Comité Judiciaire insistait sur le fait que le Parlement pouvait, en sa qualité d'autorité souveraine, reprendre au moment voulu le contrôle du pouvoir délégué :

(1) (1883-84) A.C. 117.

(2) p. 132. Dans l'arrêt *Shannon v. Lower Mainland Dairy Products Board* (1938) A.C. 708, le Comité Judiciaire autorisa une délégation législative de pouvoirs à des commissions en vue d'édicter des règlements. Dans le jugement *In Re Gray* (1919) R.C.S. 150 (cf. juge en chef FITZPATRICK, p. 157) et dans le Renvoi sur les produits chimiques (1943) R.C.S. 1 (cf. juge en chef DUFF, p. 12-13), la Cour Suprême avait admis le principe de la délégation verticale des pouvoirs législatifs à des organismes sous l'autorité du Parlement.

"La législature conserve l'intégrité de ses pouvoirs et elle peut, quand bon lui semble, supprimer l'organisme délégué qu'elle a créé et le remplacer par un autre, ou même reprendre la question en mains" (1).

C'était, à cet égard, rappeler indirectement la maxime *delegatus non potest delegare* : "celui qui a reçu une délégation législative ne peut à son tour déléguer cette faculté législative à un tiers, à moins que la loi habilitante ne l'ait autorisé à le faire" (2). Les pouvoirs législatifs délégués demeurent, en tout état de cause, des pouvoirs octroyés par la législature qui se réserve ainsi le droit de les reprendre à tout moment. Si le Comité Judiciaire admettait le principe de la délégation législative verticale, il écartait cependant toute possibilité de délégation de parlement à parlement ou de parlement à gouvernement. Basé sur une conception strictement compartimentée de la structure fédérale canadienne (3), un tel refus soulignait ainsi le caractère exclusif du partage des compétences opéré par l'A.A.N.B. de 1867 :

"(...) toutes les matières qui rentrent dans l'une quelconque des catégories de sujets énumérées à l'article 91 sont de la compétence "exclusive" du Parlement. En conséquence, chaque fois qu'une matière rentre dans l'une quelconque des catégories mentionnées, toute législation à son sujet ne relève pas (...) de la compétence d'une législature provinciale" (4).

Le carcan trop rigide de l'exclusivité des champs de compétence entre les deux ordres de gouvernement ne répondait plus, pour beaucoup, aux exigences socio-économiques d'un Etat moderne. Et cela, d'autant plus que la crise économique de l'entre-deux-guerres avait montré l'évidente nécessité d'une certaine flexibilité dans l'exercice des compétences constitutionnelles. D'aucuns, à cet égard, voyaient dans l'interdélégation parlementaire un remède à cette situation et "(...) de nombreux appels importants pour l'utilisation

(1) Hodge v. la Reine, *ibid.*, p. 132. Cf. *ibid.* Renvoi relatif aux questions soumises au sujet de la Loi du Référendum (1919) A.C. 935, p. 945.

(2) BRUN H. & TREMBLAY G. : "Droit Public Fondamental", *op. cit.*, p.318.

(3) Le Comité Judiciaire déclarait : "Bien que le navire de l'Etat vogue maintenant à l'aventure et sur des eaux étrangères, il conserve encore ses compartiments étanches qui constituent la partie essentielle de sa structure première" (Procureur Général du Canada v. Procureur Général de l'Ontario (1937) A.C. 326, p. 354).

(4) Procureur Général du Canada v. Procureur Général de l'Ontario (1898) A.C. 700, p. 715.

cf. *id.* : Procureur Général du Canada v. Procureur Général de l'Ontario (1937) A.C. 326, p. 351 : "Personne ne saurait douter que cette répartition soit une des conditions les plus essentielles, peut-être la plus essentielle entre toutes, du pacte interprovincial consacré par l'Acte de l'Amérique du Nord britannique".

de l'interdélégation (...)" (1) furent lancés à la Cour Suprême en 1949.

Les réactions jurisprudentielles du tribunal canadien dans le domaine de la délégation témoignent d'un compromis. En effet, d'un côté, la Cour s'est opposée à toute application du principe de la délégation interparlementaire. Mais d'un autre côté, elle a validé l'application de la délégation oblique.

(1) WEILER P.C. : "The supreme court of Canada and the law of canadian federalism", op. cit., p. 312.

SECTION I - L'INVALIDATION DE LA DÉLÉGATION INTERPARLEMENTAIRE

Déjà recommandée en 1940 par la commission Rowell-Sirois, la délégation interparlementaire était perçue par nombre de gens comme un moyen d'assouplir la rigidité du partage des compétences. Aussi beaucoup espéraient-ils que le nouveau tribunal général d'appel de dernière instance prenne l'initiative de constitutionaliser la technique de l'interdélégation parlementaire dans le cadre du fédéralisme canadien. Vaines espérances ! Car, peu de temps après son accession au rang judiciaire suprême, la Cour concluait à l'inconstitutionnalité d'une telle technique. Il conviendra, dès lors, d'analyser les motifs de cette inconstitutionnalité avant d'en mesurer les conséquences.

Paragraphe 1 - Les motifs de l'inconstitutionnalité

Le rejet de la délégation interparlementaire par la Cour Suprême fut sanctionné par l'avis consultatif Procureur Général de la Nouvelle-Ecosse v. Procureur Général du Canada (1). En l'espèce, le tribunal canadien concluait à l'invalidité d'un projet de loi provinciale de Nouvelle-Ecosse visant à déléguer les compétences législatives de cette province en matière de travail au Parlement fédéral. Le projet de loi prévoyait, par ailleurs, la possibilité de délégation par le Parlement fédéral au Parlement de Nouvelle-Ecosse des compétences que le Parlement central possède pour légiférer dans certains domaines du travail ainsi qu'en matière de taxation indirecte en vertu de sa compétence exd usive de l'article 91 (3) de l'A.A.N.B. . Les motifs de ce jugement de la Cour peuvent s'analyser globalement dans le "(...) recours aux grands principes du fédéralisme et de la souveraineté du parlement qui lui paraissaient, l'un et l'autre irréconciliables avec la délégation interparlementaire de pouvoirs législatifs" (2). L'inconstitutionnalisation de la délégation interparlementaire se fondait, ainsi, pour la haute juridiction, sur une justification fédéraliste et une justification souverainiste.

A - La justification fédéraliste

La majorité de la Cour Suprême estima que le principe de la délégation législative interparlementaire s'avérait incompatible avec l'organisation d'une structure fédérale. Autrement dit, la délégation interparlemen-

(1) (1951) R.C.S. 31.

(2) BLACHE P. : "Délégation et fédéralisme canadien", R.D. 1976, vol. 6, p. 240.

taire ne saurait être admise dans la mesure où elle aboutirait à changer radicalement le partage des compétences législatives entre les deux ordres de gouvernement :

"Ces corps ont été créés pour les seuls besoins de la constitution aux termes de laquelle chacun (...) devait légiférer, conformément à ses débats et à son jugement, sur des matières qui lui avaient été assignées, à lui et à nul autre. En déduire implicitement le pouvoir de déplacer ces débats et ce jugement de l'un à l'autre revient à permettre l'avènement du principe de transfert, proposition qui, en matière de compétence, est absolument étrangère à la conception d'une organisation fédérale" (1).

De fait, raisonne la Cour, si l'on acceptait l'idée d'une délégation législative interparlementaire, c'est le principe même de l'exclusivité du partage des compétences entre les deux ordres de gouvernement qui serait mis en jeu :

"(...) les députés élus au Parlement ou aux législatures sont les seuls auxquels on a confié le pouvoir et le devoir de légiférer en ce qui concerne les sujets que l'Acte Constitutionnel a attribués à titre exclusif à chacun d'entre eux. Ni l'article 91 ni l'article 92 ne formulent un quelconque pouvoir de délégation, de même qu'en vérité, c'est en vain que l'on y rechercherait un quelconque pouvoir pour l'un de ces organes d'accepter une délégation de l'autre" (2).

En s'opposant ainsi à tout transfert de pouvoirs législatifs entre parlements, le tribunal suprême entérinait implicitement la prééminence de la suprématie de la constitution sur le principe de la souveraineté parlementaire. En effet, reconnaître la primauté de la souveraineté du parlement aurait amené la Cour à conclure logiquement que la délégation interparlementaire n'était, en la circonstance, qu'une forme normale de l'exercice du pouvoir législatif exclusif relevant de la souveraineté parlementaire. En revanche, en privilégiant dans cet arrêt de 1951 la suprématie constitutionnelle, la Cour Suprême ne pouvait s'en tenir qu'à un strict respect de l'exclusivité des compétences aux termes des articles 91 et 92 de l'A.A.N.B. . Or, la sauvegarde d'une telle exclusivité passait, selon la Cour, par l'interdiction

(1) Juge RAND, p. 48. Ce dernier estime par ailleurs "(...) qu'un tel absolutisme législatif (...) est incompatible avec la réalité fédérale" (ibid.). Le juge TASCHEREAU remarque, à cet égard, que "(...) si l'on devait reconnaître la validité de la législation projetée, c'est l'esprit même de la constitution canadienne qui serait détruit" (p. 45).

(2) Juge en chef RINFRET, p. 34.

faite au parlement de légiférer sur un sujet réservé à un autre parlement, qu'il y ait eu ou non transfert du pouvoir législatif (1).

B - La justification souverainiste

La Cour Suprême invoquait, par ailleurs, le principe de la souveraineté parlementaire qu'elle jugeait incompatible avec la subordination inhérente à la délégation. Pour les juges canadiens c'était indiquer indirectement qu'une délégation ne pouvait se concevoir qu'entre organes de niveau différent. Ainsi, à la différence de la délégation législative parlementaire horizontale, la délégation verticale se justifie pleinement dans son principe puisqu'elle implique la subordination d'un organe à un autre et, par conséquent, la soumission du délégataire au délégant :

"La délégation, relève le juge RAND, implique la subordination (...). La subordination implique un devoir : la délégation n'est pas conçue pour être acceptée suivant le bon vouloir du délégué, ni pour qu'il en use à sa guise (...)" (2).

Or, dans une délégation législative interparlementaire, les parlements sont des organes souverains situés au même niveau. Dès lors, fondée sur un simple lien de coordination entre ces organes, une délégation de ce type évacue tout devoir de subordination. La logique de ce résultat est évidente dans la mesure où justement "il n'est pas possible qu'une législature de rang égal accepte un tel devoir, ni qu'on le lui impose" (3). C'est dire combien dans le cadre d'une délégation législative interparlementaire, la subordination de l'organe délégataire à l'organe délégant devient hypothétique :

"(...) le projet de loi, souligne le juge RAND, ne fait rien moins que d'offrir au délégué des pouvoirs que celui-ci n'exercera que de son seul bon vouloir et pour ses besoins propres, à titre de privilège discrétionnaire" (4).

(1) Dans l'arrêt *Prince Edward Island Potato Marketing Board v. H. B. Willis inc.* (1952) R.C.S. 392, la Cour Suprême rejetait pour les mêmes raisons le principe de la délégation législative interparlementaire : "Cette Cour a exprimé unanimement l'avis que chacun de ces corps législatifs ne pouvaient respectivement user que des pouvoirs que lui conféraient les articles 91 et 92 de l'Acte, que ces articles établissaient une stricte ligne de démarcation et qu'il n'appartenait ni au Parlement du Canada ni aux législatures de se conférer mutuellement leurs pouvoirs" (Juge en chef RINFRET, p. 395).

(2) p. 49.

(3) p. 49-50.

(4) p. 50.

Admettre, en définitive, la validité de la délégation interparlementaire, ce serait, conclure la haute juridiction, tolérer que l'organe délégataire jouisse induement du pouvoir d'édicter des normes législatives fondamentales. Une telle perspective tournerait, dès lors, le dos aux principes essentiels du fédéralisme.

Paragraphe 2 - La signification de l'inconstitutionnalité

En condamnant toute idée de délégation législative interparlementaire entre le Parlement et une province et réciproquement, la Cour Suprême faisait prévaloir ses conceptions à la fois orthodoxes et pour le moins restrictives sur le fédéralisme canadien.

A - Une vision orthodoxe du fédéralisme canadien

L'arrêt de 1951 traduit indiscutablement l'attachement du tribunal suprême à une conception orthodoxe du partage des compétences au sein d'une structure fédérale. En cela, à travers le rejet de la délégation interparlementaire, la Cour a-t-elle "(...) proclamé sa stricte adhésion au fédéralisme classique" (1). De fait, le raisonnement des juges canadiens s'appuie sur l'idée fondamentale selon laquelle les articles 91 et 92 ont établi une frontière infranchissable entre les pouvoirs dévolus exclusivement à chacun des ordres de gouvernement. Accepter, par conséquent, le principe de la délégation interparlementaire entre les législatures nationale et provinciales aurait, selon la Cour, "(...) pour effet d'altérer le schéma fondamental du fédéralisme canadien (...)" (2).

Les conclusions jurisprudentielles du tribunal canadien n'apportent, en la matière, rien d'original dans la mesure où elles renvoient précisément au texte constitutionnel de 1867. Celui-ci, en effet, édicte clairement le principe du partage exclusif (3) des compétences législatives. Dès lors, la

(1) CORRY J.A. : "Constitutional trends and federalism", in "Evolving canadian federalism" (A.R. LOWER & F.R. SCOTT) 1958, p. 117.

(2) RUSSELL P.H. : "Leading constitutional decisions", 1973, op. cit., p. 265.

(3) L'article 91 stipule que "(...) l'autorité exclusive du Parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets ci-après énumérés (...)". Quant à l'article 92, il débute ainsi : "Dans chaque province, la législature pourra exclusivement légiférer sur les matières entrant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés (...)".

Cour avait beau jeu, dans sa justification du refus de la délégation interparlementaire, d'invoquer le caractère compartimenté du partage des compétences : "(...) le mot "exclusivement", soulignait la Cour, (...) établit une ligne de démarcation nette, et il n'appartient ni au Parlement ni aux législatures de se conférer des pouvoirs les uns aux autres (...)" (1).

Cette vision orthodoxe du fédéralisme canadien participe clairement d'une lecture littérale de la constitution canadienne. L'interprétation jurisprudentielle développée en l'espèce par la Cour Suprême se justifie, certes, pleinement sur le plan constitutionnel. Mais elle révèle aussi l'incapacité de la haute juridiction canadienne de dépasser le texte même de l'Acte constitutionnel de 1867 :

"La base de l'arrêt Procureur Général de la Nouvelle-Ecosse sur la délégation repose essentiellement sur la mauvaise volonté des cours de permettre le mélange des pouvoirs dans une législature au-delà de ce qui a été réparti par l'A.A.N.B." (2).

C'est dire qu'au-delà de l'orthodoxie jurisprudentielle déployée en l'espèce par la Cour Suprême se découvre une certaine rigidité dans l'approche du fédéralisme canadien.

B - Une vision figée du fédéralisme canadien

L'érection dans l'arrêt de 1951 d'une "(...) interdiction judiciaire unanime du pouvoir de délégation" (3) suscita de vives critiques à l'endroit de la juridiction suprême canadienne. L'amertume fut grande parmi ceux qui escomptaient une adaptation, par la Cour, du fédéralisme canadien de 1867 aux nouveaux impératifs économiques d'une société moderne. A cet égard, on réalise aisément combien "(...) les défenseurs d'un fédéralisme flexible furent totalement consternés par cette décision (...)" (4).

(1) Juge en chef RINFRET, p. 34.

(2) LASKIN B. : "Constitutional law - provincial legislation implementing reciprocal enforcement arrangement with foreign state - the treaty power and delegation - federal intervention in litigation" R.B.C. 1956, vol. 34, p.219.

(3) FAIRWEATHER M. : "The attitude of the supreme court of Canada toward delegation : Coughlin v. Ontario's Highway Transport Board", U.B.C.L.R., 1970, vol. 5, p. 44.

(4) RUSSELL P.H. : "The supreme court's interpretation of the constitution since 1949", op. cit., p. 123.

Beaucoup espéraient, en effet, que la Cour Suprême saurait, à travers une compréhension plus souple du partage des compétences, favoriser une mutation de la structure fédérale canadienne. La délégation de pouvoir s'avérait le moyen par excellence susceptible d'assouplir la rigidité du partage des compétences législatives, en particulier dans le domaine économique. La condamnation d'une telle procédure par la Cour provoqua chez eux une profonde déception :

"Dans la présente cause, la Cour Suprême canadienne a démontré sans erreur possible qu'elle suivra une procédure interprétative restrictive et qu'elle rejettera l'approche qui aurait considéré l'A. A. N. B. comme une constitution vivante. (...) C'est un motif de regret de voir la Cour Suprême commencer sa nouvelle carrière par un tel rejet définitif de tous les éléments qui pouvaient conduire à une structure constitutionnelle mieux intégrée et adaptée" (1).

L'inconstitutionalisation de la délégation parlementaire portait, à l'évidence, un coup fatal à toute amorce de coopération législative entre les gouvernements fédéral et provinciaux. Cette décision de la Cour venait, ainsi, à contre-courant de l'évolution économique du Canada dans la mesure où elle établissait "(...) une barrière inutile, artificielle (...) entre le Dominion et les provinces dans des domaines spécifiques" (2). C'était, par là-même, souligner avec justesse la nécessaire interdépendance économique entre le gouvernement fédéral et les provinces, devenue inévitable avec le développement accru des activités étatiques. C'est dire combien à travers cet arrêt de 1951 les enjeux politiques et économiques débordaient largement du strict champ constitutionnel (3).

(1) BALLEM J. B. : "Constitutional law - delegation - approach of supreme court of Canada to the B. N. A. Act", R. B. C., 1951, vol. 29, p. 86.

CHEVRETTE F. se dit à cet égard "(...) loin d'être convaincu que l'interdiction de la technique de la délégation horizontale (...) fut une mesure justifiée et utile dans le cadre du fédéralisme canadien" ("Recueil de droit public - jurisprudence, note et documents", op. cit., p. 207.)

(2) McWHINNEY E. : "The new, pluralistic federalism in Canada", op. cit., p. 143.

(3) WEILER P. C. estime, en l'espèce, que la délégation interparlementaire relève normalement du pouvoir d'un parlement souverain : "Le principal problème dans l'arrêt Procureur de la Nouvelle-Ecosse provenait de l'incapacité de la Cour à considérer d'une manière réaliste la nature de la délégation elle-même. En particulier, la Cour n'a pas indiqué pourquoi une délégation législative (...) à une autre législature entraînait nécessairement une "abdication" (...)" ("The supreme court of Canada and the law of canadian federalism", op. cit., p. 314).

Cette décision de la Cour ne signait pas, toutefois, l'arrêt de mort de la délégation puisqu'elle préservait d'autres formes possibles de collaboration législative. En effet, la validation constitutionnelle de la délégation oblique par la Cour Suprême permettait au fédéralisme canadien de sortir de l'impasse.

SECTION II - LA VALIDATION DE LA DELEGATION OBLIQUE

A la différence de la délégation interparlementaire, la délégation oblique met en scène trois acteurs : d'un côté le Parlement fédéral, d'un autre côté un parlement provincial, enfin un organisme subordonné à l'un ou l'autre de ces derniers. Cette procédure, en l'occurrence, "(...) consiste essentiellement dans le fait, pour le parlement fédéral, de déléguer des pouvoirs législatifs à un organisme provincial, ou le fait, par le parlement provincial de déléguer des pouvoirs législatifs à un organisme fédéral" (1).

La différence entre ces deux types de délégation s'avère d'ordre purement négatif : la délégation oblique, à l'instar de la délégation interparlementaire, ne doit pas avoir pour objet de déléguer des pouvoirs législatifs fondamentaux. Dès lors, pour s'assurer de sa validité, le tribunal suprême se doit d'une part de vérifier l'impossibilité d'assimiler l'organisme délégataire au parlement dont il relève constitutionnellement, d'autre part d'examiner l'étanchéité de la délégation. En d'autres termes, la démarche interprétative de la Cour se ramène, en la circonstance, à déceler si une procédure de délégation oblique ne cache pas en réalité une opération de délégation interparlementaire pure et simple.

Loin d'être isolées, ces deux délégations sont intimement liées si l'on observe l'évolution jurisprudentielle de la Cour dans ce domaine. En effet, la validation de la procédure de la délégation fut un moyen pour la haute juridiction de neutraliser l'interdiction de la délégation interparlementaire.

Il conviendra, dès lors, d'analyser dans quelle mesure à travers la validation de délégations obliques, le tribunal suprême s'est efforcé d'atténuer puis de remettre en cause le principe de l'intangibilité du partage des compétences législatives affirmé dans l'arrêt de 1951.

Paragraphe 1 - L'atténuation du principe de l'intangibilité du partage des compétences législatives

La Cour Suprême jugea la délégation oblique constitutionnellement valide dans l'affaire *P.E.I. Potato Marketing Board v. Willis* (2). Dans cet

(1) BLACHE P. : "Délégation et fédéralisme canadien", R.D., op. cit., p. 256.

(2) *Prince Edward Island Potato Marketing Board v. H. B. Willis* (1952) R.C.S. 392.

avis consultatif, la haute juridiction avait à se prononcer sur la validité d'un projet de loi fédérale - Loi de mise en marché des produits agricoles autorisant le gouverneur général en conseil à déléguer à des commissions administratives provinciales le pouvoir de réglementer le commerce interprovincial de ces produits de la même manière que ces commissions avaient, en vertu des lois provinciales, le pouvoir de le faire sur le plan de la consommation locale. Autrement dit, le Parlement fédéral avait-il le droit de déléguer à des commissions provinciales le pouvoir de régler les questions de commerce interprovincial en matière de produits agricoles ? La Cour conclut, en l'espèce, à la validité d'une telle délégation dans la mesure où elle ne voyait pas "(...) ce que l'on peut objecter à une législation fédérale de cette nature" (1). Il s'agira, dès lors, d'explorer l'argumentation du tribunal avant de souligner les implications constitutionnelles de cette décision.

A - L'argumentation de la Cour dans l'arrêt Willis

Dans son jugement, la Cour s'efforce essentiellement de dissiper toute ambiguïté sur le rôle de la commission provinciale. Le délégataire, en l'espèce, n'est pas le parlement provincial ni le gouvernement mais cet organisme administratif subordonné qui ne doit son existence qu'à une loi provinciale. Aussi, la délégation faite par le Parlement fédéral ne saurait signifier, à cet égard, une abdication des pouvoirs de la législature provinciale :

"Il ne se pose aucun problème d'atteinte aux traits constitutifs provinciaux ni d'échec aux pouvoirs provinciaux : les deux législatures ont reconnu la valeur que représente un organisme unique pour mener à bien une organisation conjointe, quoique limitée du commerce. La province pourrait à tout moment reprendre ses pouvoirs en tout ou en partie" (2).

Pour la Cour, la commission délégataire ne commet aucun empiètement législatif puisqu'elle est responsable envers chacune des législatures de l'utilisation des pouvoirs qu'elles lui avaient confiés :

"La province (...) conserve le contrôle de sa commission. Le gouverneur général en conseil peut bien entendu modifier, revoir ou retirer à l'occasion les pouvoirs qu'il a conférés à la commission (...). Le régime ainsi créé représente, d'un bout à l'autre, entre les organismes respectifs de gouvernement, un effort de coopération dans lequel chacun conserve le domaine législatif qui lui est propre" (3).

(1) Juge en chef RINFRET, p. 316.

(2) Juge RAND, p. 415.

(3) Juge ESTEY, p. 428.

Certes, si la commission se trouve subordonnée au parlement provincial, celle-ci jouit, néanmoins, d'une véritable autonomie en vertu de sa capacité de personne physique. La province n'a restreint l'exercice de cette capacité qu'aux pouvoirs dont l'organisme était investi en tant que commission.

Par ailleurs, la haute Cour récuse l'objection selon laquelle le Parlement fédéral n'avait point la compétence constitutionnelle pour déléguer des pouvoirs à une "entité" légale de création provinciale. Estimant, en la circonstance, que l'idée même de l'expression entité menait "(...) à des absurdités" (1), le juge RAND devait rétorquer que le Parlement fédéral pouvait faire siennes les commissions administratives provinciales et les rendre fédérales pour ses propres fins (2). Un tel procédé, relève ce dernier, s'avère tout à fait constitutionnel dans la mesure où le Parlement fédéral conserve toute latitude de former ses propres commissions administratives, calquées éventuellement sur le modèle provincial.

Dès lors, les différences entre une commission administrative fédérale et provinciale deviennent inexistantes et "des fantômes jumeaux de cette nature (...) " (3) ne doivent pas faire obstacle à la constitutionnalisation d'une telle délégation. En affirmant clairement, par conséquent, qu'il ne s'agit pas "(...) d'une quelconque délégation de pouvoirs législatifs de la part du Parlement à la législature provinciale ou au lieutenant-gouverneur en conseil" (4), la Cour Suprême conclue à l'étanchéité de cette délégation entre les deux ordres de gouvernement.

B - Les prolongements constitutionnels de l'arrêt Willis

Les répercussions constitutionnelles du jugement de 1952 se révèlent très importantes. En effet, l'arrêt Willis témoigne d'une réelle mutation chez la Cour Suprême dans son interprétation du principe de l'exclusivité du partage des compétences législatives.

(1) Juge RAND, *ibid.*, ,

(2) "Si l'on admet que le Dominion peut, grâce à des termes appropriés, créer une commission analogue, se composant des mêmes personnes, qui porte le même nom, qui a la même forme d'organisation et qui remplit les mêmes fonctions sur le plan fédéral, on ne peut en même temps prétendre qu'une autre compétence du même ordre dans une Constitution fédérale ne peut donner d'autres effets juridiques à d'autres actions conjointes des mêmes hommes, agissant avec les mêmes règles" (Juge RAND, p. 414-415).

(3) Juge RAND, p. 415.

(4) Juge KELLOCK, p. 419.

Loin d'être fortuit, cet aggiornamento jurisprudentiel de la Cour dans le domaine de la délégation de pouvoirs correspond à l'évolution économique du fédéralisme canadien. Les membres de la haute juridiction, à cet égard, ne pouvaient plus feindre d'ignorer les difficultés croissantes créées par l'application de mesures économiques adoptées sous l'autorité des législatures parlementaires. La constitutionnalisation de la procédure de la délégation oblique devenait, par là-même, l'instrument susceptible de permettre à ces législatures de se décharger des aspects techniques d'un secteur particulier sur des organismes subalternes spécialisés.

C'est dire qu'à travers la validation de cette procédure dans l'arrêt Willis, la Cour Suprême contribue dans une large mesure à assouplir la rigidité de la répartition des compétences voulue par l'A.A.N.B. de 1867. Technique juridique, la délégation oblique s'identifie surtout à un outil politique capable d'apporter une meilleure flexibilité au fonctionnement de la structure fédérale canadienne (1).

Pour aussi remarquable qu'il soit, ce virage jurisprudentiel du tribunal suprême en matière de délégation s'apparente-t-il à un reniement de sa jurisprudence passée ? Si l'on s'en réfère à l'arrêt de 1951, rien ne laisse apparemment supposer qu'il y ait eu rupture jurisprudentielle sur ce point. Pourtant, la Cour semble flairer une telle objection et répète à qui veut l'entendre que le jugement sur la délégation interparlementaire s'appartient à lui-même et ne saurait donc "(...) avoir force de précédent pour celui que nous devons rendre en l'espèce" (2).

Certes, l'arrêt Willis marque, du moins sur le plan théorique, une indubitable continuité jurisprudentielle puisqu'il consacre une nouvelle fois le refus de toute délégation interparlementaire. Mais, par ailleurs, il se démarque de la décision de 1951 puisque par le biais de la délégation

(1) LEDERMAN W.R. estime que ce type de délégation "(...) pourrait faciliter une plus grande décentralisation dans le fonctionnement du fédéralisme canadien (...)" ("Leading constitutional decisions", 1973, op. cit., p. 272). BISHOP J. voit, quant à lui, dans la délégation oblique "(...) l'émergence d'une technique possible par laquelle la coopération interprovinciale dans le domaine du marché pourrait être facilitée" ("Dominion delegation of power to provincial board-status and capacity of provincial marketing board - subdelegation - cooperation", McG.L.J., 1952-1955, vol. 1, p. 161). Pour BALLEM J.B., cet arrêt "(...) introduit un élément d'un plus grand besoin de flexibilité dans la législation canadienne et permet aux provinces et au Dominion de travailler ensemble et d'aboutir à une plus grande harmonie législative", ("Constitutional law - marketing legislation - delegation by the Dominion Parliament to a provincial board", Revue du Barreau Canadien, 1952, vol. 30, p. 1056).

(2) Juge en chef RINFRET, p. 395.

indirecte, la Cour entérine le principe d'une délégation fédérale de pouvoirs "administratifs" à des organismes placés sous la juridiction provinciale. Ainsi, la décision Willis ne constitue plus seulement une rectification jurisprudentielle mais bien une innovation constitutionnelle car elle permet, en réalité, d'ouvrir "(...) une fissure significative dans la digue qui sépare l'article 91 de l'A.A.N.B. de l'article 92" (1).

Revirement camouflé ou version retouchée de l'arrêt sur la délégation interparlementaire, le jugement rendu dans l'affaire Willis demeure, quoiqu'il en soit, difficile à mesurer exactement. Les arguments déployés par la Cour pour distinguer les deux arrêts ne s'avèrent pas, en l'occurrence, convaincants. Et d'aucuns d'éprouver quelque difficulté pour saisir "le raisonnement plutôt hésitant (...)" (2) du tribunal canadien dans la justification de ses motifs.

Beaucoup considèrent, à cet égard, qu'au-delà des similitudes théoriques, l'arrêt Willis sanctionne en fait l'atténuation sinon la réfutation de la jurisprudence de 1951. Les uns pensent, non sans pertinence, qu' "il restreint le concept de l'interdélégation interdite formulée dans l'arrêt Procureur Général de la Nouvelle-Ecosse (...)" (3). D'autres vont jusqu'à affirmer que la Cour, par cette forme de délégation "(...) renverse, dans une large mesure, les conséquences de sa décision antérieure" (4).

Il y aurait lieu, en définitive, de se demander si par le truchement

(1) RUSSELL P.H. : "The supreme court's interpretation of the constitution since 1949", op. cit., p. 124.

(2) FAIRWEATHER M. : "The attitude of the supreme court of Canada toward delegation : Coughlin v. Ontario's Highway Transport Board", op. cit., p. 47. BALLEM J.B. note à cet égard : "Les faiblesses du raisonnement de l'arrêt viennent directement de la nécessité de circonvenir le jugement antérieur de la Cour Suprême dans l'arrêt Nouvelle-Ecosse. Les tentatives pour distinguer la délégation à une province d'une délégation à l'agent de la province ont conduit la Cour sur un terrain très dangereux et très douteux" ("Constitutional Law - marketing legislation - delegation by the Dominion Parliament to a provincial board", op. cit., p. 1058).

(3) BISHOP J. : "Dominion delegation of power to provincial board - status and capacity of provincial marketing board - subdelegation - cooperation", op. cit., p. 161.

(4) RUSSELL P.H. : "Leading constitutional decisions", 1973, op. cit., p. 272. Pour WEILER P.C., l'arrêt Willis traduit le début du "(...) processus d'érosion de sa règle antérieure" ("The supreme court and the law of canadian federalism", op. cit., p. 314).

de la délégation oblique, les juges canadiens n'ont pas cherché à contourner ce "(...) tabou tribal" (1) incarné par la délégation interparlementaire. Sensiblement atténué par l'arrêt Willis, le principe de l'exclusivité du partage des compétences législatives se voyait remis en cause plus nettement encore par l'affaire Coughlin.

Paragraphe 2 - La remise en cause du principe de l'intangibilité du partage des compétences législatives

Sans conteste, l'arrêt Willis marque le point de départ de l'évolution jurisprudentielle de la Cour Suprême en matière de délégation. Bien qu'elle manifeste une toute aussi grande souplesse en la matière, sa démarche interprétative s'avère, toutefois, différente. Au lieu, en effet, de s'attacher à justifier la validité d'une délégation de pouvoirs, le haut tribunal préfère, désormais, en contester l'existence.

Ainsi, dans l'arrêt Procureur Général de l'Ontario v. Scott (2), les juges avaient-ils à examiner la validité d'une loi ontarienne sur la mise en vigueur réciproque de Décrets alimentaires. Il s'agissait, en substance, pour la Cour de déterminer si la législature provinciale était ultra vires de sa compétence pour avoir délégué, en l'espèce, son autorité législative à une instance judiciaire subordonnée.

Le tribunal, dans sa décision, estima qu'on ne pouvait conclure à une procédure de délégation dans la mesure où la législation litigieuse relevait de la juridiction provinciale aux termes de l'article 92(16) de l'A.A. N.B. :

"(...) Il m'apparaît également évident que cette législation entre dans le cadre du paragraphe 16, s'agissant d'une matière d'une nature locale ou privée. Aucune autre partie du pays ni aucun des autres gouvernements n'ont le moindre intérêt dans un tel litige qui concerne en définitive la propriété actuelle ou éventuelle, en Ontario, au sens local du terme" (3).

(1) FAIRWEATHER M., *ibid.*, p. 47.

(2) (1956) R.C.S. 137.

(3) Juge RAND, p. 141. Le juge ABBOTT estime, pour sa part, que la disposition "(...) ne constitue pas, à mon avis, une délégation de l'autorité législative d'une province à une autre province ou Etat" (p. 148).

Se référant à l'arrêt de 1951 qui "(...) indique avec clarté" (1) le droit chemin en matière de délégation, la Cour réfutait donc la thèse selon laquelle la loi mise en cause permettait "(...) à une autre législature d'adopter en général des lois, ou d'adopter des lois générales, pour la province (...) (ce qui) constituerait manifestement une abdication" (2). Dès lors, en l'absence de toute forme de délégation de pouvoirs législatifs, la Cour tranchait en faveur de la constitutionnalisation de la loi provinciale.

On retrouve un semblable raisonnement jurisprudentiel dans l'affaire *Lord's Day Alliance* (3). En la circonstance, la haute juridiction devait-elle se prononcer sur l'un des motifs de l'appel, à savoir si l'exception de l'article 6 de la Loi sur le dimanche (4) constituait ou non une délégation illégale par le Parlement fédéral du pouvoir de légiférer à la province dans un domaine relevant de la compétence législative du Dominion.

Soulignant qu'en l'espèce, "l'idée d'une délégation découle d'une mauvaise interprétation de l'étendue de l'article 6" (5), la haute juridiction jugeait la législation provinciale valide en vertu de l'article 92(13) ou (16) de la constitution canadienne :

"Il s'ensuit, conclue le juge en chef KERWIN, que la législation permissive en cause ici vient sous les paragraphes 13 ou 16 de l'article 92 (...) et relève donc de la compétence des législatures provinciales. Ce n'est pas une délégation où le Parlement du Dominion veut autoriser une législature provinciale à faire quelque chose qui excède les pouvoirs de cette dernière, mais qui relève de la compétence du Parlement (...) " (6).

Selon l'argumentation des juges, le Parlement fédéral n'a en aucune façon étendu la compétence de la législature en recourant à une procédure de délégation. Il n'a, en tout état de cause, fait que s'imposer une auto-limitation en assujettissant l'application de sa loi à une condition qu'il choisissait et qui ne dépendait pas de lui, en l'espèce, l'absence de lois provinciales permettant les activités que le Parlement fédéral prohibait lui-même.

(1) Juge LOCKE, p. 152.

(2) Juge RAND, p. 143.

(3) *Lord's day Alliance of Canada v. Procureur Général de la Colombie Britannique* (1959) R.C.S. 497.

(4) cf. *supra* Droit Criminel.

(5) Juge RAND, p. 509.

(6) p. 503. Le juge LOCKE considère, quant à lui, que "(...) l'affaire ne soulève pas la question d'une délégation de pouvoirs du Parlement au profit de la législature (...) " (p. 511).

C'était, par là-même, souligner la validité constitutionnelle de toute législation conditionnelle.

Alléguer, ainsi, que le Parlement fédéral n'avait pas délégué ses pouvoirs en matière criminelle mais qu'il s'était, en l'espèce, imposé simplement une propre limite, illustre une analyse plutôt surprenante. En effet, l'attitude de la Cour inclinerait à penser que l'existence même de la délégation se trouve conditionnée par la nature particulière de la législation édictée par la province. Opposée à toute procédure de délégation dans le cas d'une législation prohibitive, la Cour Suprême considérerait, en revanche, que "(...) le Parlement peut déléguer un pouvoir aux provinces pour passer une législation permissive" (1).

On réalise, par conséquent, que dans ces deux arrêts, le tribunal canadien se garde bien de dire à partir de quel moment la délégation apparaît. Les juges, à cet égard, éludent la difficulté juridique en concluant dans chacun des deux litiges à l'inexistence d'une quelconque procédure de délégation.

Il en va tout autrement avec l'arrêt Coughlin (2) dans la mesure où celui-ci se situe au coeur même du problème de la délégation. Il conviendra, à cet effet, de discerner les motifs de la Cour dans ce jugement avant d'en analyser les répercussions sur le plan constitutionnel.

A - Les motifs de la Cour dans l'arrêt Coughlin

Dans cette affaire, les juges avaient à se pencher sur la constitutionnalité d'une loi fédérale sur les véhicules à moteur (3). Cette loi se proposait de déléguer à des commissions provinciales de transport certains pouvoirs, en particulier celui d'imposer aux entreprises de transport interprovincial l'obligation d'obtenir un permis. Toutefois, une telle obligation exemptait les entreprises intraprovinciales dont le permis était délivré par les autorités provinciales. Dans sa requête, l'intimé Coughlin revendiquait l'inconstitutionnalité de la législation fédérale au motif qu'elle permettait au Parlement fédéral de déléguer aux législatures provinciales des pouvoirs relevant de la compétence exclusive du Dominion.

(1) FAIRWEATHER M., op. cit., p. 45.

(2) Coughlin v. The Ontario Highway Transport Board (1968) R. C. S. 569.

(3) Statuts du Canada, 2-3 Eli. II, ch. 59.

S'appuyant sur une argumentation, pour le moins floue, la majorité de la Cour concluait à la validité de la loi fédérale. Sa constitutionnalité se fondait sur le fait que le Parlement fédéral ne délégait pas ses compétences mais se contentait d'endosser les lois provinciales en matière de permis. Dès lors, le Parlement fédéral n'avait, en la circonstance, nullement abdiqué son pouvoir de passer des lois dans le domaine du transport interprovincial. Loin d'avoir exercé un quelconque pouvoir de délégation, la législature du Dominion n'avait fait qu' "(...) adopter, en exerçant son pouvoir exclusif, la législation d'un autre corps telle qu'elle peut exister à l'occasion (...) " (1).

Le juge CARTWRIGHT, à cet égard, rappelant l'arrêt Willis, récusait avec force l'idée selon laquelle la commission provinciale aurait tenu de la législature de l'Ontario un pouvoir de réglementation du transport interprovincial de marchandises :

"C'est le Parlement qui lui a conféré les larges pouvoirs qu'elle possède à cet égard. Le Parlement a jugé opportun de décider que, dans l'exercice de ces pouvoirs, la Commission procéderait de la même manière que celle qui peut être prescrite à l'occasion par la législature pour le transport intraprovincial. Le Parlement, ajoute-t-il, peut, à tout moment, mettre fin aux pouvoirs de la Commission, en ce qui concerne le transport interprovincial, ou modifier la manière dont elle devra exercer ces pouvoirs" (2).

Dès lors, concluent les juges majoritaires, un tel procédé ne saurait être assimilé à une délégation interparlementaire et se révèle, par conséquent, valide.

B - Les répercussions constitutionnelles de l'arrêt Coughlin

L'art de l'amalgame deviendrait-il, chez la Cour Suprême, une ligne jurisprudentielle ? On serait tenté d'y croire tant il nous paraît présomptueux d'assimiler le présent litige à celui de l'arrêt Willis. De fait, à l'instar du juge RICHTIE, il convient de noter qu'à la différence de ce dernier, la loi fédérale assume directement et d'une manière automatique les lois et règlements provinciaux en vue de régir le transport interprovincial. Cela s'avère suffisant, en l'espèce, pour déterminer que l'on est en présence d'une délégation interparlementaire de pouvoirs fédéraux à une législature provinciale (3).

(1) Juge CARTWRIGHT, p. 575.

(2) Juge CARTWRIGHT, p. 575.

(3) Juge RICHTIE, p. 587.

Affirmer, comme le fait la Cour, que cette affaire se différencie de l'arrêt de 1951 est une chose, l'argumenter solidement en est une autre. Et ce n'est pas, en l'espèce, la déclaration lapidaire (1) de la Cour qui pourrait nous convaincre du contraire. D'aucuns en sont venus à s'interroger avec justesse "(...) sur les raisons qui faisaient que les causes soient si différentes l'une de l'autre" (2).

De fait, il semble bien que l'on assiste avec l'arrêt Coughlin au dernier grand acte de la mutation jurisprudentielle du tribunal suprême dans le domaine de la délégation. Déjà perceptible dans l'arrêt Willis, la remise en cause implicite du principe du refus de toute interdélégation de pouvoirs législatifs transparaît plus clairement encore dans la décision Coughlin. Sans aller jusqu'à évacuer totalement la jurisprudence de 1951, la haute juridiction a, par la validation d'une telle forme de délégation, incontestablement "(...) réduit l'impact de la cause Nouvelle-Ecosse sur l'interdélégation (...)" (3).

C'est dire qu'il devient de plus en plus malaisé de définir "(...) la portée de ce qui reste de l'interdiction de l'interdélégation" (4). Dans cette situation jurisprudentielle confuse au demeurant, il semble que la Cour Suprême soit désormais acquise à une procédure de délégation indirecte. Celle-ci permettrait à des organismes administratifs d'édicter leurs propres règles sous l'autorité de la législature provinciale. Est-ce à dire pour autant que la délégation interparlementaire soit dorénavant entérinée par la haute juridiction ? Nous ne le pensons pas dans la mesure où, tout embarrassant qu'il soit, ce principe demeure entier. Label de l'orthodoxie jurisprudentielle de la Cour Suprême, l'arrêt de 1951 bénéficie, à cet égard, d'un statut officiel intouchable.

De fait, sans abattre le principe, les juges de la Cour se sont attachés depuis cette époque à le marginaliser sinon à le neutraliser. Toute l'habileté du tribunal suprême aura été, à cet égard, de justifier ces nouvelles formes de délégation indirecte (5) au regard d'une référence jurispruden-

(1) Faisant allusion au projet débattu dans l'arrêt de 1951, le juge CARTWRIGHT constate : "La différence entre ce projet et la loi qui fait l'objet de notre examen est trop évidente pour qu'il soit utile de s'y attarder" (p. 575).

(2) FAIRWEATHER M., *op. cit.*, p. 48.

(3) LEDERMAN W.R. : "Leading constitutional decisions", *op. cit.*, p. 273. BLACHE P. considère à cet égard que la décision Coughlin "(...) porte atteinte aux exigences essentielles du fédéralisme" ("Délégation et fédéralisme canadien", *op. cit.*, p. 283).

(4) LYSYK K. : "Constitutional law - the interdelegation doctrine : a constitutional paper tiger ?" *R.B.C.*, 1969, vol. 47, p. 276.

(5) cf. WEILER P.C. : "The supreme court and the law of canadian federalism", *op. cit.*, p. 316.

tielle devenue poussiéreuse au fil des ans. Justification ardue, voire délicate :

"En permettant la délégation indirecte, la Cour Suprême a eu recours à un raisonnement juridique hésitant pour distinguer l'arrêt de Nouvelle-Ecosse sur l'interdélégation" (1).

La jurisprudence postérieure de la Cour témoigne, en la matière, de la volonté de persévérer dans cette orientation. Ainsi avec l'arrêt *Reine v. Smith* (2), le tribunal canadien devait valider à nouveau une forme camouflée de délégation indirecte. En l'occurrence, les juges avaient à déterminer la constitutionnalité d'une loi fédérale (3). Dans son jugement, la Cour concluait à la validité de cette législation en estimant que ses dispositions établissaient une similitude dans l'étendue des pouvoirs conférés à la Commission agissant en vertu de la loi fédérale ou provinciale :

"(...) la loi fédérale est ainsi interprétée : le Parlement a accordé le pouvoir de réglementer les entreprises extra-provinciales à des commissions constituées par les provinces. En définissant ce pouvoir, il a adopté, comme s'il s'agissait de sa propre loi, dans chaque province, telle que celle-ci peut exister de temps à autre" (4).

Dès lors, pour la Cour, l'effet de la loi fédérale était de donner à la Commission provinciale en matière de transport interprovincial tous les pouvoirs que lui conférait la loi provinciale dans le domaine du transport local. Par conséquent, la législation fédérale n'avait pas pour objet de "(...) limiter ces pouvoirs de la commission en exigeant que lorsqu'elle exerce ses pouvoirs, sa façon de procéder en vertu des deux lois soit identique" (5).

Ainsi, depuis 1951, cette "retraite sans gloire de la Cour Suprême" (6) dans le domaine de la délégation a eu, au moins, pour elles le mérite du réalisme. Certes, le principe de l'interdiction interétatique reste

(1) FAIRWEATHER M. : "The attitude of the supreme court of Canada toward delegation : *Coughlin v. Ontario's Highway Transport Board*", op. cit., p. 54-55.

(2) (1972) R.C.S. 359.

(3) En l'espèce la loi fédérale déléguait à une commission le pouvoir de délivrer à l'intimé un permis pour l'entreprise extraprovinciale que celui-ci exploitait dans la province de l'Alberta.

(4) Juge MARTLAND, p. 366.

(5) Ibid., p. 366.

(6) FAIRWEATHER M. , op. cit., p. 44.

toujours officiellement à cet égard la pierre angulaire (1). Mais, depuis, la haute juridiction a manifesté le souci de se départir de cette attitude initiale trop rigide en malmenant quelque peu ce fardeau jurisprudentiel encombrant de 1951. Consciente de son devoir d'assumer l'adaptation du fédéralisme canadien, la Cour Suprême s'est ralliée au principe d'une délégation indirecte à des corps subalternes créés et contrôlés par les autorités provinciales. Une telle procédure permet, de ce fait, tout à la fois de sauvegarder l'apparence de l'interdiction de la délégation interparlementaire et d'insuffler une certaine souplesse dans la structure fédérale (2).

Les efforts du tribunal suprême canadien ont tendu, à cet égard, depuis une trentaine d'années, à favoriser à l'intérieur du cadre figé de la répartition exclusive des compétences législatives, une meilleure intégration des politiques fédérale et provinciales. C'est dire qu'en l'absence de toute disposition constitutionnelle précise (3), les décisions de la Cour en matière de délégation "(...) rendues dans un esprit à la fois plus pragmatique et empirique, ont fait beaucoup pour briser les rigidités du principe de l'arrêt de la Nouvelle-Ecosse" (4).

(1) LYSYK K. remarque justement qu'en ce qui concerne l'attitude jurisprudentielle à venir de la Cour, "(...) le genre de "délégation" qui est proscrite la laisse relativement libre de ressusciter la doctrine dans le futur" ("Constitutional law - the interdelegation doctrine : a constitutional paper tiger ?", op. cit., p. 278).

(2) Diverses tentatives ont été faites pour constitutionnaliser le principe de la délégation. Ainsi le projet de modification de l'A.A.N.B. ou formule Fulton-Favreau institutait une procédure qui aurait permis l'interdélégation mutuelle entre le Parlement et les provinces sur des points particuliers de législation. Un tel système d'échange de pouvoirs législatifs était repris par l'article 94A du projet de Charte constitutionnelle canadienne de 1971.

(3) McWHINNEY E. : "The new, pluralistic federalism in Canada", op. cit., p. 143.

(4) cf. LEDERMAN W.R. : "Leading constitutional decisions", op. cit., p. 273.

SOUS - TITRE II

UNE APPROCHE JURISPRUDENTIELLE FECONDE DANS LA PROTECTION
DES LIBERTES FONDAMENTALES

La richesse de la jurisprudence de la Cour Suprême dans le domaine des libertés fondamentales s'avère d'autant plus paradoxal que l'A.A.N.B. de 1867 ne réserve aucune disposition précise à ce sujet. En effet, la constitution canadienne contient seulement quelques articles se rapportant à la nature de garanties constitutionnelles (1). Par ailleurs aucun des pouvoirs énumérés aux articles 91 et 92 ne garantit le pouvoir de légiférer en matière de libertés fondamentales. A cet égard, la jurisprudence s'est toujours refusée à assimiler les libertés civiles aux droits civils qui relèvent quant à eux des prérogatives propres de la province (2). Toutefois, pour ce qui concerne les libertés fondamentales, la jurisprudence fait jouer la clause du pouvoir résiduaire : tout ce qui n'est pas expressément réservé aux provinces en vertu de l'article 92 tombe ipso facto dans le champ de la compétence fédérale. Ainsi, la jurisprudence considère-t-elle les droits fondamentaux comme partie intégrante de la compétence fédérale.

Les positions de la doctrine sont plus nuancées sur ce problème. Ainsi pour certains, ce n'est pas parce que les articles 91 et 92 de l'A.A.N.B. sont muets sur les libertés publiques qu'il faut nécessairement en conclure que cette matière relève de la juridiction fédérale. En définitive "(...) il s'agit, en fait, d'un domaine formel, d'un domaine "touche à tout", qui concerne les deux ordres de compétence" (3). D'autres adoptent une attitude plus radicale en estimant, sans assimiler l'expression "droits civils" aux libertés civiles", que les droits fondamentaux entrent pour la plupart d'entre eux

(1) cf. article 93 de l'A.A.N.B.

(2) TREMBLAY A. remarque : "L'histoire constitutionnelle nous oblige donc à établir une distinction entre "droits civils" au sens de l'article 92(13) et droits civils au sens de libertés fondamentales. Les premiers ont une nature privée, les seconds une nature publique ; les uns intéressent l'individu dans ses rapports avec d'autres individus, les autres, le citoyen dans ses rapports avec l'Etat", ("Les compétences législatives au Canada et les pouvoirs provinciaux en matière de propriété et de droits civils", op. cit., p. 261). cf. ibid. LASKIN B. : "Il n'y a aucun fondement historique à la suggestion selon laquelle le terme "droits civils" est un synonyme pour libertés civiles" ("Our civil liberties - the role of the supreme court", Queen's Quarterly, 1955, vol. 61, p. 460).

(3) BRUN H. & TREMBLAY G. : "Droit Public Fondamental", op. cit., p. 203.

dans le champ juridictionnel des provinces (1).

D'aucuns considèrent que la distinction même de ces deux expressions met en lumière la diversité des champs de compétence en la matière. Ainsi SCOTT estime qu'une partie des droits fondamentaux relève des législatures provinciales (2). Ce point de vue est partagé également par d'autres qui soulignent que certains aspects des libertés fondamentales sont soumis à l'autorité provinciale tandis que d'autres participent de la juridiction fédérale (3). Il en découle ainsi une interaction entre les prérogatives provinciales en matière de propriété et de droits civils et les prérogatives fédérales relatives aux droits fondamentaux (4). Le professeur LASKIN soutient quant à lui une position fédéraliste. Il estime, en effet, que les droits fondamentaux relèvent de la juridiction fédérale et l'absence de législation du Parlement fédéral en ce domaine ne saurait remettre en cause "(...) le fait parfaitement clair que les libertés civiles restent au-delà du contrôle provincial" (5). Toutefois, ce dernier s'attache à différencier les libertés politiques des libertés économiques. A cet égard si les premières "(...) représentent des valeurs constitutionnelles indépendantes qui relèvent exclusivement du fédéral" (6), les autres peuvent relever respectivement de la législation fédérale ou provinciale et même concurremment (7). Quant au Premier Ministre du Canada, F.E. TRUDEAU, il ne fait aucun doute que les législatures provinciales ont pleine juridiction au sujet de certains droits perçus comme fondamentaux. Cependant il précise que d'autres droits sont redevables de la

(1) GARANT P. : "La liberté religieuse et le droit positif québécois", op. cit., p. 368.

(2) SCOTT F.R. cite ainsi certains droits confessionnels, le droit de vote aux élections provinciales, municipales, scolaires, le droit de diffamation, le statut de la femme mariée, etc. (cf. "Civil liberties and canadian federalism", University of Toronto Press, Toronto, 1959, p. 24).

(3) MORIN J. Y. remarque à ce sujet que la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils a des répercussions sur l'état et la capacité des personnes, les biens, les successions, les contrats, le commerce, les délits. (cf. "Une Charte des droits de l'homme pour le Québec", McGill Law Journal, 1963, vol. 9, p. 290).

(4) cf. MIGNAULT P.B. : "Traité de droit civil canadien" (1895), vol. I, p. 131.

(5) LASKIN B. : "Canadian constitutional law - cases, text and notes on distribution of legislative power", Carswell Compagny, Toronto, 1966, 3 ed., p. 471.

(6) LASKIN B., *ibid.*, 1969, 3 ed. révisée, p. 974.

(7) *Ibid.*, p. 975.

compétence fédérale tandis que pour certains d'entre eux, les deux ordres constitutionnels ont une compétence concurrente (1).

On réalise, dès lors, que le domaine des libertés fondamentales est devenu l'enjeu d'une bataille contentieuse entre le gouvernement fédéral et les provinces dans la mesure où il s'agit de déterminer d'une part si l'occupation du champ des libertés civiles est interdite au Parlement ou aux provinces et d'autre part de savoir si la responsabilité de leur protection incombe à l'un ou l'autre des deux ordres de gouvernement. Une telle question essentielle, considère le professeur LASKIN, "(...) échoie pour la décision aux cours, et en dernière instance, à la Cour Suprême du Canada" (2).

Pourtant l'originalité de la haute juridiction canadienne ne réside pas véritablement dans sa réponse apportée à cette question. Elle s'identifie, en effet, surtout, à la volonté de la Cour de prendre appui sur la protection des libertés fondamentales pour justifier ses décisions jurisprudentielles.

Cette démarche nous permettra, de la sorte, de mesurer d'une part l'ampleur de l'oeuvre accomplie par la Cour en ce domaine et d'autre part de souligner les limites de l'influence du tribunal canadien quant aux libertés fondamentales.

(1) TRUDEAU P.E. considère que "(...) les législatures provinciales ont une certaine compétence et une certaine responsabilité en ce qui concerne les aspects religieux de l'éducation (...). Des lois fédérales aussi bien que des lois provinciales peuvent s'appliquer à la privation de la liberté et de la propriété et aux procédures judiciaires et administratives qui touchent les intérêts du citoyen", ("Charte canadienne des droits de l'homme", Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1968, pp. 21-22).

(2) LASKIN B. : "Canadian constitutional law - cases, text and notes on distribution of legislative power", op. cit., 1966, 3 ed., p. 457.

CHAPITRE I : L'AMPLEUR DE L'OEUVRE ACCOMPLIE PAR LA COUR SUPREME EN MATIERE DE LIBERTES FONDAMENTALES

Avant d'analyser l'oeuvre jurisprudentielle de la Cour Suprême dans le domaine des libertés publiques, il conviendrait de discerner les contours mêmes de ces libertés. A cet égard, l'on recense presque autant de classifications que d'auteurs. Ainsi, le professeur SCOTT distingue-t-il quatre catégories principales de droits fondamentaux : les droits des minorités ; les droits touchant à la protection de l'égalité devant la loi ; les droits économiques et culturels et enfin les libertés fondamentales (1). Ces différents groupes recoupent les distinctions élaborées par le professeur LASKIN : les libertés politiques traditionnelles ; les libertés d'ordre juridique ; les libertés d'ordre économique et en dernier lieu les libertés d'ordre social et humain (2).

Ces diverses classifications permettent, à travers une comparaison globale, de dégager quatre groupes de libertés fondamentales susceptibles d'être pris en considération par une juridiction suprême. Il s'agirait tout d'abord des libertés politiques qui englobent essentiellement les libertés classiques d'opinion, d'expression, d'association et de religion. C'est aussi le cadre des libertés d'ordre juridique couvrant par exemple la protection de la loi, le droit à une audition juste et impartiale ou la protection contre toute arrestation arbitraire. Les libertés fondamentales intégreraient, en outre, des droits économiques concrets comme le droit au travail ou le droit à la sécurité sociale. Enfin, la lutte contre toute forme de racisme ou de discrimination se rattacherait à la protection des libertés d'ordre social et humain.

De fait, l'on va assister de la part de la Cour, à une ample

(1) SCOTT F.R. : "Expanding concepts of human rights", Canadian Bar Journal, 1960, vol. 3, p. 199.

(2) Le Professeur TARNOPOLSKY, de son côté, partage les droits fondamentaux entre les libertés politiques, les droits économiques, les droits juridiques et les droits égalitaires, (cf. "The canadian Bill of Rights", Mc Clelland and Stewart, Toronto, 1975, p. 37-76).

Par ailleurs, le gouvernement fédéral avait établi, sous les auspices du ministre de la Justice d'alors, P.E. TRUDEAU, une classification répartie en cinq catégories : les droits politiques, les droits juridiques, les droits égalitaires, les droits linguistiques et enfin les droits économiques. (cf. "Charte canadienne des droits de l'homme", op. cit., p. 18).

construction jurisprudentielle dans tous ces compartiments des libertés fondamentales. Toutefois, loin d'être homogène, la jurisprudence de la Cour, en la matière, témoigne d'une certaine discontinuité. A l'essor jurisprudentiel des années 1950 a succédé, en effet, un tassement sensible de l'ouverture de la Cour en ce domaine pendant les années 1960.

SECTION I - L'ESSOR JURISPRUDENTIEL DES ANNEES 1950

Nombre ont salué dans la jurisprudence de la Cour relative aux libertés publiques au cours de la décennie 1950, une oeuvre audacieuse et brillante. D'aucuns n'ont pas hésité à qualifier cette période de "(...) moments dorés de la décennie des libertés civiles" (1) et des auteurs comme le professeur BEAUDOIN considèrent que dans le domaine des droits fondamentaux, "(...) il faut féliciter la Cour Suprême pour les excellentes décisions qu'elle a rendues entre 1950 et 1960" (2).

Cette richesse de l'éclosion jurisprudentielle du tribunal suprême dans le champ des libertés fondamentales s'avérait d'autant plus remarquable qu'un tel domaine n'avait été guère abordé par le Comité Judiciaire londonien. Le fait que "(...) cette question n'avait pas été explorée d'une manière définitive par le Conseil Privé" (3) n'avait, en l'occurrence, rien de surprenant. Avant les années 1950, les règles générales d'interprétation jouaient un grand rôle dans la mesure où le raisonnement du Comité Judiciaire s'appuyait essentiellement sur une approche stricte et rigoureuse de la loi. A cet égard, les motifs d'invalidation d'une législation se rattachaient beaucoup plus à des critères d'incompétence matérielle qu'à des critères de fond.

Ceci explique en grande partie le vide jurisprudentiel du tribunal londonien en matière de libertés publiques :

"Assez curieusement, note le professeur LASKIN, il n'y eu aucune déclaration significative sur la place des libertés civiles sous la constitution jusque tard en 1930 et aucune des déclarations viennent du Conseil Privé" (4).

(1) COHEN M. : "The judicial process and national policy : a problem for canadian federalism", McGill Law Journal, 1970, vol. 16, p. 301.

(2) BEAUDOIN G.A. : "La Cour Suprême et le partage des compétences", op. cit., p. 52.

(3) RUSSELL P.H. : "The supreme court's interpretation of the constitution since 1949", op. cit., p. 126.

(4) LASKIN B. : "Our civil liberties - the role of the supreme court", op. cit., p. 457. L'auteur relève aussi qu' "assez étrangement, le Conseil Privé n'a jamais été amené à faire face carrément à une quelconque question du pouvoir législatif dans le respect des libertés politiques traditionnelles" (cf. "Canadian constitutional law - cases, text and notes on distribution of legislative power", 1969, 3 ed. révisée, p. 973-974).

Toutefois, l'instance judiciaire londonienne devait rendre quelques arrêts significatifs qui eurent pour effet d'invalidier des lois discriminatoires. Cependant, il faut remarquer que le Comité Judiciaire attachait beaucoup plus d'importance au respect mutuel des compétences législatives entre les deux ordres de gouvernement qu'à la condamnation de la violation d'une liberté civile. Ainsi, dans l'arrêt *Union Colliery v. Bryden*, le tribunal londonien constate qu'en l'espèce "(...) la loi réglementant les mines de charbon, dans son essence véritable, (...) a pour but d'établir une interdiction statutaire qui touche aux aubains et aux sujets naturalisés (...)" (1). Mais ce n'est pas tant l'interdiction de cette liberté qui fonde le motif d'invalidation de la loi provinciale que la conséquence de cette interdiction. De fait, l'invalidation d'une telle législation se justifie parce qu' "(...) (elle) empiète sur la compétence exclusive du Parlement du Canada" (2).

La même approche legaliste fut adoptée par le Comité Judiciaire dans l'arrêt *Cunningham v. Homma*. Dans cette décision, la validation de la loi provinciale ne procède pas du fait que la province de la Colombie Britannique a privé les aubains du droit de vote, mais parce que le texte de cette loi "(...) ne traite pas des conséquences relatives à l'aubain ou au sujet naturalisé" (3). Par conséquent, conclue le tribunal londonien, une telle matière échappe à la compétence exclusive du Dominion. On retrouve cette même référence à la légalité de l'interprétation dans l'arrêt *Procureur Général du Canada v. Cain* dans lequel le Comité suit résolument une démarche interprétative sans tenir compte du contenu de la législation :

"En conséquence, si le pouvoir d'expulser des aubains qui sont entrés au Canada à l'encontre des lois du Dominion a été attribué au gouvernement du Dominion par cette loi (...), il s'ensuit nécessairement que la loi lui a également donné le pouvoir de recourir à la contrainte nécessaire hors du territoire lui permettant d'expulser ces étrangers" (4).

De même, deux ans avant son abolition, dans l'arrêt *Cooperative Committee on Japanese Canadians v. Procureur Général du Canada*, le tribunal londonien estimait que les décrets sur les mesures de guerre n'étaient en aucune manière ultra vires de la compétence fédérale dans la mesure où "(...) la loi sur les mesures de guerre, interprétée correctement, permettait l'adoption de décrets prévoyant l'expulsion de toute personne, quelle que soit sa nationalité, et la privation (...) du statut de sujet britannique ou de ressortissant canadien que lui conférait cette loi" (5).

(1) (1899) A.C. 580, p. 587.

(2) Ibid., p. 587.

(3) (1903) A.C. 151, p. 156.

(4) (1906) A.C. 542, p. 545.

(5) (1947) A.C. 87, p. 106.

On constate, par conséquent, que dans cette série de jugements le Comité Judiciaire s'attache davantage à une stricte observation du partage des compétences qu'à une réelle prise en considération des libertés fondamentales. C'est justement en intégrant dans son approche jurisprudentielle l'exigence du respect de telles libertés que la Cour Suprême du Canada consacrait une rupture. Cela s'avérait d'autant plus facile que l'héritage jurisprudentiel pour le moins léger du Comité londonien en l'espèce permettait à la Cour d'être "(...) en aucune manière inhibée dans l'attitude qu'elle pouvait prendre sur cette matière importante" (1).

De fait, l'aspect novateur de la jurisprudence de la Cour en l'espèce a résidé en quelque sorte dans cette réhabilitation constitutionnelle des libertés fondamentales. Celles-ci ne demeurent plus les laissées pour compte de l'argumentation jurisprudentielle mais participent pleinement aux justifications du raisonnement. Il conviendra, dès lors, de scruter les dimensions de cette ouverture novatrice du tribunal suprême dans ce domaine avant d'en analyser les raisons.

Paragraphe 1 - Le diagnostic de la percée audacieuse de la Cour Suprême

Les investigations jurisprudentielles de la Cour Suprême en matière de libertés fondamentales se sont orientées dans deux directions majeures. D'une part, la haute juridiction s'est efforcée d'assurer la protection des libertés politiques ; d'autre part, le tribunal canadien a fait preuve d'une grande fermeté dans la défense des libertés religieuses.

A - La protection des libertés politiques

C'est principalement sur le plan de la sauvegarde de la liberté d'expression que s'est développé le travail jurisprudentiel de la Cour Suprême dans le domaine des libertés politiques. De fait, les quelques arrêts suivants témoignent clairement de la volonté des juges canadiens de préserver, à travers une telle liberté, le fondement démocratique de la société.

(1) LASKIN B. : "Our civil liberties - the role of the supreme court", op. cit., p. 457.

1 - L'arrêt Boucher v. le Roi (1)

De l'avis de beaucoup, la décision Boucher "(...) a inauguré quasiment l'âge d'or de la protection des libertés canadiennes par la Cour Suprême dans les années 1950 (...) " (2). En l'espèce, le haut tribunal devait juger non coupable de libellé séditieux Aimé Boucher, membre de la secte des Témoins de Jéhovah qui avait distribué dans la province du Québec une brochure intitulée : "La haine ardente du Québec" dont le ton déplaisait quelque peu aux autorités provinciales.

Au niveau strictement légal, il s'agissait pour la Cour de déterminer si cette publication constituait un libellé séditieux et contrevenait par conséquent à l'article 133 du Code criminel. Considérant à cet égard que l'auteur de la brochure n'avait eu nullement "(...) l'intention de renverser le fonctionnement de l'administration de la justice, sans laquelle il ne peut y avoir sédition" (3), la majorité de la Cour rejeta l'appel.

L'intérêt premier de ce jugement vient de l'opposition de vues très nette entre les juges sur le contenu à donner au terme de sédition. Pour le juge CARTWRIGHT, dans sa dissidence solitaire, la notion de sédition doit être entendue dans un sens extensif. Dans son esprit, "il est à peine nécessaire de dire que les mots d'un document publié en connaissance de son contenu, peuvent en eux-mêmes fournir une preuve suffisante d'une intention de sédition" (4). Au contraire, selon les juges majoritaires, l'acte séditieux doit être analysé restrictivement, c'est-à-dire situé en fonction de ses implications immédiates.

A l'évidence, une telle démarche interprétative ne pouvait que bousculer les définitions traditionnelles de la sédition "(...) dans une décision d'une grande portée pour les libertés civiles" (5). Ainsi, une argumentation rigoureusement technique permet indirectement à la Cour d'atteindre ses objectifs, à savoir la protection de la liberté d'expression. C'est dire combien par le biais de moyens juridiques, la haute juridiction poursuit un but politique.

(1) (1951) R.C.S. 265.

(2) WEILER P.C. : "In the last resort : a critical study of the supreme court of Canada", op. cit., p. 192.

(3) Juge ESTEY, p. 305, cf. ibid. Juge KERWIN, p. 278 et juge LOCKE, p.315.

(4) Juge CARTWRIGHT, p. 332.

(5) BREWIN F.A. : "Criminal law - sedition - witness of Jehovah - civil liberties - consultation among members of appellate court", R.B.C., 1951, vol. 29, p. 193.

On réalise, dès lors, que le ressort fondamental de l'arrêt Boucher s'identifie à la préservation de la liberté d'expression et de pensée. Exigence profonde d'une société démocratique, une liberté de cette nature ne saurait, dès lors, en aucune façon être bafouée :

"La liberté de pensée et de discussion, note le juge RAND, et la différence dans les idées et croyances sur chaque sujet imaginable, sont de l'essence de notre vie. L'opposition de discussion critique sur des sujets politiques, sociaux et religieux, est devenue trop profondément l'étoffe de l'expérience quotidienne pour suggérer que simplement la mauvaise volonté, produit de la controverse, peut briser celle-ci par l'illégalité" (1).

Pareil point de vue illustre ainsi d'une manière révélatrice la détermination de la Cour de défendre, en tout état de cause, la liberté d'expression (2).

2 - L'arrêt L'Alliance des professeurs catholiques de Montréal v. Commission des relations ouvrières (3)

Dans cette décision, la Cour Suprême récidivait en matière de défense de la liberté d'expression dans le domaine industriel (4). En la circonstance, à la suite d'une grève illégale, contraire à la Loi des Services Publics de la Province de Québec, un syndicat de professeurs avait vu son attestation de reconnaissance syndicale révoquée par la Commission des relations ouvrières. Cette révocation avait été décidée sans aucune audition préalable du syndicat. Aussi est-il demandé à la haute juridiction de se prononcer sur la validité d'une telle annulation.

Se référant au principe de la règle "audi alteram partem", la Cour conclua que la Commission avait outrepassé ses compétences dans la mesure où la législation québécoise ne l'autorisait pas à agir ainsi. La

(1) p. 288.

(2) SCOTT F.R. voit dans ce jugement une décision "(...) de la plus grande importance pour le droit de la liberté d'expression", ("Civil liberties and canadian federalism", op. cit., p. 38).

(3) (1953) R.C.S. 2.

(4) Dans l'arrêt *Smith & Rheeland v. la Reine* (1953) R.C.S. 95, la Cour Suprême avait également déclaré nulle une décision de la Commission des Relations ouvrières de Nouvelle-Ecosse par laquelle celle-ci avait refusé de certifier un syndicat dont le secrétaire était soupçonné d'être communiste. (cf. Juge RAND, p. 99-100).

Commission, estima-t-elle, agissant en qualité de tribunal de juridiction inférieure, aurait dû respecter les principes élémentaires de justice, même si la loi qui la régissait restait silencieuse sur ce point. Dès lors, la manière de procéder de la Commission équivalait à un déni de justice et le juge en chef RINFRET rappelait "le principe vénérable" (1) de la maxime *audi alteram partem* :

De son côté, le juge RAND, après avoir noté que les dispositions de la loi des relations ouvrières étaient "(...) des plus schématiques (...)" (2), s'attachait à réfuter l'assertion selon laquelle le déclenchement de la grève démontrait que l'Alliance n'était pas un groupement cherchant à atteindre ses objectifs dans le respect des lois et des autorités. Par ailleurs, en révoquant l'attestation, la Commission appliquait manifestement une sanction illégale eu égard aux dispositions de la loi :

"C'est une règle fondamentale que lorsqu'une loi institue une infraction et en prévoit le châtiment, on doit, en l'absence d'une intention contraire exprimée en termes expres, présumer que ce dernier est le seul que l'on a entendu instituer. Il n'y a rien dont on puisse déduire le moins du monde qu'on a entendu autoriser un autre châtiment : mais la Commission en a imposé un, en comparaison duquel les amendes que la loi autorise, si considérables soient-elles, sont de peu d'importance" (3).

Sans conteste, "l'éminente qualité du jugement de la Cour Suprême dans l'arrêt l'Alliance (...)" (4) s'est fondée essentiellement sur la volonté de soustraire les droits de la défense à toute mesure discriminatoire et arbitraire. Une nouvelle fois, une utilisation pertinente de la technique juridique permettait à la Cour d'assurer la protection de la liberté d'expression.

(1) p. 153. Le juge en chef ajoutait avec fermeté : "Le principe que nul ne doit être condamné ou privé de ses droits sans être entendu, et surtout sans avoir même reçu avis que ses droits seraient mis en jeu est d'une équité universelle et ce n'est pas le silence de la loi qui devrait être invoqué pour en priver quelqu'un" (p. 154).

(2) p. 159.

(3) p. 160.

(4) LE DAIN G.E. : "Administrative law - decertification order of Quebec labour relations board - judicial control - prohibition - declaration of nullity - direct action", R.B.C. 1953, vol. 31, p. 829.

3 - L'arrêt Switzman v. Elbling (1)

Certains ont pu considérer ce jugement comme "(...) le traitement le plus remarquable des libertés politiques (...)" (2) effectué par la Cour Suprême tant il est vrai que certains juges ont fait preuve d'une rare hauteur de vue sur le thème de la liberté d'expression.

Dans cette affaire - nous l'avons déjà souligné (3) -, la haute juridiction invalida la loi québécoise dite "du cadenas" au motif qu'il s'agissait d'une législation entrant dans le domaine du droit criminel et relevant par conséquent de la juridiction fédérale. Toutefois, au-delà de cette justification constitutionnelle officielle, il apparaît d'évidence que la démarche interprétative de la Cour a obéi à d'autres préoccupations. De fait, l'on observe à travers l'argumentation des juges majoritaires un vif souci de protéger la liberté d'expression.

Ainsi, au terme d'un raisonnement très riche, le juge RAND récusait tout d'abord l'affirmation selon laquelle la restriction de la liberté d'expression tomberait dans la même catégorie que les restrictions ordinaires du droit civil relatives au libellé et à la diffamation (4). Par ailleurs, se situant "(...) dans la plus pure tradition de la philosophie britannique (...)" (5), le juge RAND liait la liberté d'expression au principe de la démocratie parlementaire qui reconnaît "(...) l'aptitude qu'a l'homme agissant librement et sous son propre empire, à se gouverner lui-même" (6). C'est dire combien, à cet égard, la liberté d'expression revêt un intérêt national et sous-tend, par là-même, l'existence du pays :

"Ce fait constitutionnel est l'expression politique de la condition essentielle de la vie sociale, de la pensée et de sa communication par le langage. La liberté en ce domaine est tout aussi vitale à l'esprit humain que l'est la respiration à l'existence physique de l'individu. En tant que caractère propre à l'individu, elle fait partie de son statut de citoyen" (7).

(1) (1957) R.C.S. 285.

(2) RUSSELL P.H. : "The supreme court's interpretation of the constitution since 1949", op. cit., p. 128.

(3) cf. supra, p.

(4) cf. p. 305.

(5) B.C. & J.F.W.W. (sic) : "Note : "Switzman v. Elbling", U.T.F.L.R., 1956-1957, vol. 14-15, p. 74.

(6) p. 306.

(7) p. 306-307.

Dans une non moins brillante argumentation, le juge ABBOTT centre d'emblée l'enjeu du litige par rapport à la liberté d'expression. A l'instar du juge FAUTEUX (1), la réflexion du juge ABBOTT s'enracine d'abord dans la question de savoir si l'interdiction de la propagande communiste relève de la législature québécoise. Toutefois, très vite, le cheminement de son raisonnement l'amène à dépasser cette approche juridique étreinte pour déboucher sur une conception radicale de la liberté d'expression :

"Le droit d'exprimer librement nos opinions et nos critiques sur des questions d'intérêt public et sur l'administration des affaires publiques et le droit de discuter et de débattre ces questions, qu'elles soient sociales, économiques ou politiques, sont des droits essentiels au fonctionnement d'une démocratie parlementaire comme la nôtre" (2).

Le droit de discussion, conclue-t-il, ne saurait donc être aliéné par quiconque et même "(...) dans l'état actuel de notre Acte constitutionnel, le Parlement lui-même ne pourrait abroger ce droit de discussion" (4).

Seul dissident, le juge TASCHEREAU ne nie pas le fait que la législation litigieuse entrave la liberté de discussion. Mais il considère une telle législation comme fondée dans la mesure où elle évite que les droits ne deviennent des privilèges en interdisant la diffusion de "(...) doctrines malsaines (...)" (4) susceptibles de bafouer les lois établies. On constate ainsi que même l'argumentation dissidente délaisse les canons traditionnels de l'interprétation constitutionnelle pour s'attacher au cadre de la liberté d'expression. Que celle-ci soit interprétée restrictivement (5) ou d'une manière sensiblement plus large à l'instar du juge RAND, elle investit totalement l'ensemble du dispositif du jugement de la Cour.

(1) Le juge FAUTEUX s'arrête à la question de savoir si la propagande communiste peut être assimilée à une nature locale. Ce dernier conclue que "dans son essence, la doctrine elle-même a un caractère international" (p. 323) et que cette question "(...) s'élevant aux dimensions de la sécurité de l'Etat (...)" (p. 324) échappe à la compétence provinciale.

(2) p. 326.

(3) p. 328.

(4) p. 300.

(5) Le juge TASCHEREAU déclare à cet égard : "Ces libertés (...) ne sont pas des droits absolus. Elles sont nécessairement limitées, et doivent s'exercer dans le cadre de la légalité. Quand les bornes sont dépassées, elles deviennent abusives, et la loi doit intervenir pour exercer une action répressive, et protéger les citoyens et la société" (p. 300).

En ce sens, l'arrêt Switzman fait, à juste titre, figure de jugement sur la liberté d'expression : "(...) de beaucoup, le plus grand intérêt de la décision réside dans les observations des membres de la Cour dont les raisons allaient au-delà de ce qui était strictement nécessaire à la décision" (1). Le jugement de la haute juridiction sanctionne, en la circonstance, la reconnaissance pleine et entière du principe de la liberté d'expression. Il serait, dès lors, inutile de demander à la Cour de quel ordre de compétence relèvent les libertés fondamentales (2) puisque celles-ci existent au-delà de tout champ juridictionnel.

Semblable approche jurisprudentielle de la Cour Suprême en matière de libertés politiques déborde d'évidence le cadre juridique. Jamais, à cet égard, le tribunal canadien ne s'était avancé aussi loin dans l'élaboration d'une vision philosophique de la vie sociale. Beaucoup s'interrogeaient sur un engagement aussi audacieux de la Cour dans cette voie et à cet égard les prolongements jurisprudentiels de cette décision devenaient "(...) maintenant un objet de spéculation" (3).

B - La défense des libertés religieuses

Incontestablement la défense des libertés religieuses restera comme l'un des fleurons jurisprudentiels de la Cour Suprême en matière de libertés fondamentales. Il nous faudra, de ce fait, discerner à travers quelques décisions significatives les conditions qui ont pu amener la haute juridiction à insuffler "(...) un esprit nouveau (...)" (4) en ce domaine.

(1) BREWIN F.A. : "Constitutional law - Quebec Padlock Act - communism and bolchevism - criminal law - a Bill of Rights implicit in the B. N. A. Act", R.B.C., 1957, vol. 35, p. 556.

(2) Ainsi, selon le professeur WEILER P.C., afin d'éviter les empiètements éventuels dans le domaine des libertés fondamentales, la Cour Suprême devrait "(...) essayer de tracer une distinction entre la législation qui affecte valablement les libertés civiles et la législation qui est invalide par rapport aux libertés civiles", ("The supreme court and the law of canadian federalism", op. cit., p. 349).

(3) COOPER G. : "Constitutional law - the Padlock Act - intra vires provincial legislation - property and civil rights - the criminal power - impact of Canada elections Act - civil liberties", McGill L.J., 1952-1956, vol. 1-2, p. 288.

(4) BRUN H. & TREMBLAY G. : "Droit Public Fondamental", op. cit., p. 207.

1 - L'arrêt Saumur v. Cité de Québec (1)

D'aucuns n'ont pas hésité à voir dans l'arrêt Saumur "(...) l'une des plus intéressantes déclarations sur des questions constitutionnelles de grande importance pour les Canadiens que notre Cour Suprême n'ait jamais faite" (2). Sans vouloir verser dans une appréciation aussi élogieuse, il demeure, néanmoins, certain que ce jugement a permis à la Cour Suprême de se confronter d'une manière significative aux problèmes relatifs à la liberté religieuse.

En l'espèce, la Cour avait à se prononcer sur la validité d'un règlement de la Ville de Québec qui interdisait la distribution de tout document sans l'autorisation écrite des autorités de police, sous peine d'amende et de prison. Le demandeur, missionnaire évangéliste des Témoins de Jéhovah, soutenait que ce règlement l'empêchait de remplir son ministère. Il estimait, en effet, qu'en se voyant interdire de distribuer des livres prêchant sa doctrine, son droit à la liberté tant de culte, de publication et d'opinion se trouvait atteint. Ce règlement municipal lui paraissait d'autant plus malfondé qu'il contrevenait à une loi statutaire québécoise concernant la liberté de culte (3).

Par une courte majorité, la Cour Suprême conclua à l'invalidité du règlement litigieux en estimant que le libre exercice de sa religion était accordé à tout citoyen par le texte de l'A.A.N.B. de 1867. Un tel règlement s'avérait, par ailleurs, discriminatoire dans la mesure où il visait spécialement le demandeur et sa secte religieuse.

Trois affirmations principales constituent, à cet égard, l'armature de l'argumentation du juge RAND. D'une part, il rappelle que depuis les articles des capitulations de 1760 jusqu'à aujourd'hui, "(...) la liberté de religion est reconnue dans notre régime juridique, comme un principe fondamental" (4). D'autre part, il s'attache à démontrer que toute législation relative à la religion et à son enseignement ne saurait être assimilée à une matière de nature locale mais relève, par son importance, de l'Etat fédéral :

"(...) cette question intéresse la nation toute entière ; (...) elle se rattache à un domaine illimité d'idées, de croyances et de foi dont les racines et la loyauté sont des plus profondes ; un incident

(1) (1953) R. C. S. 299. Jugement majoritaire de cinq contre quatre.

(2) BREWIN F. A. : "Constitutional law - closing of stores on holy days - criminal law - religions and political freedom", R. B. C. 1956, vol. 34, p. 84.

(3) S. R. Q. 1941 c. 307, art. 2 ; S. R. Q. 1964, c. 301.

(4) p. 327.

d'ordre religieux se représente d'une extrémité à l'autre de ce pays et il n'y a rien à quoi le "corps politique du Dominion" soit plus sensible" (1).

Enfin, le juge RAND souligne que la liberté de religion doit être perçue comme un droit public puisque "(...) la liberté de parole et de religion et l'inviolabilité de la personne sont des libertés primordiales qui constituent les attributs essentiels de l'être humain (...) " (2).

De son côté, le juge ESTEY appréhende le litige en termes de conflit de compétence. Ainsi, remarque-t-il, si la législature d'une province peut édicter des lois relatives au droit d'exercice du culte d'une profession religieuse, la liberté même du culte ne saurait être soumise à sa compétence :

"(...) le droit à la jouissance et à l'exercice du culte de toute profession religieuse (...) doit faire partie de ceux sur lesquels le Parlement du Canada peut légiférer pour préserver la paix, l'ordre et le bon gouvernement" (3).

Quant au juge LOCKE, celui-ci considère que la loi de 1852 (4) protège les croyances des Témoins de Jéhovah et le mode d'exercice de leur culte. Par conséquent, le règlement litigieux est ultra vires de la législature provinciale parce que "son but réel (...) n'est pas de réglementer la circulation dans les rues, mais d'imposer une censure à l'expression par écrit de points de vue religieux et à leur diffusion, ce qui, de par la constitution, est un droit reconnu à toute la population du Canada (...) " (5).

L'opinion dissidente du juge en chef RINFRET privilégie nettement une certaine approche matérielle du litige. En effet, il s'agit en définitive de déterminer si la législature du Québec avait pleine juridiction pour édicter un tel règlement. Sa conclusion est affirmative puisque la législation incriminée traite stricto sensu de "(...) l'usage des rues d'une municipalité (qui) est indiscutablement une question du domaine municipal et une question locale" (6).

(1) p. 329.

(2) *ibid.*

(3) p. 337.

(4) Loi de 1852 14-15 Vict. ch. 175 : "(...) la jouissance et le libre exercice du culte et de toute profession religieuse, sans distinction ni préférence, mais de manière à ne pas servir d'excuse à des actes d'une licence effrénée, ni à autoriser des pratiques incompatibles avec la paix et la sûreté de la province, sont permis par la constitution et les lois de cette province à tous les sujets de Sa Majesté en icelle".

(5) p. 339.

(6) p. 311. Le juge TASCHEREAU a souscrit à l'opinion dissidente du juge en chef RINFRET.

En résumant, ainsi, le litige à un simple conflit de compétences, le juge en chef s'en tient à une lecture strictement littérale des faits. Dès lors, il n'y a pas lieu de recourir, en la matière, à une interprétation finaliste en s'efforçant de "(...) chercher derrière le texte qu'elle a adopté pour voir quel a pu être son but en ce faisant" (1).

Par ailleurs, s'agissant de la liberté du culte, le juge en chef récuse la prétention qui tendrait à assimiler le règlement à des dispositions discriminatoires vis-à-vis de l'exercice du culte. Loin d'être un droit public, "l'exercice du culte est un droit civil et (...) est donc du domaine provincial" (2). De plus, ajoute-t-il, les Témoins de Jéhovah ne sauraient se prévaloir, en l'espèce, d'une quelconque liberté de culte (3).

On dénote dans l'argumentation dissidente du juge CARTWRIGHT une semblable démarche. Celui-ci situe, de la même façon, le conflit au niveau d'une banale question de répartition des compétences. Sur ce point, il ne peut y avoir aucun doute que la province jouissait d'une pleine compétence pour autoriser un tel règlement relatif à l'utilisation de la voie publique.

En outre, le juge CARTWRIGHT ne voit pas pourquoi un règlement de police relevant pleinement de la législature du Québec rendrait invalide toute interdiction ou réglementation quant à la distribution de tels documents. Curieuse conception de la liberté du culte que de tolérer, dit-il, des écrits "(...) qui tendent à insulter ou à tourmenter ceux qui les reçoivent, risquant ainsi de donner lieu à des désordres et peut-être à des actes de violence dans les rues" (4).

A l'évidence la portée de cette décision jurisprudentielle se révèle malaisée à dégager avec précision. Jugement "(...) embarrassant (...) " (5) dans lequel "la ratio decidendi n'est pas facile à retrouver (...) " (6), l'arrêt

(1) *ibid.*, p. 311.

(2) p. 315.

(3) "(...) dans toutes ces publications, souligne-t-il, il est affirmé que les Témoins de Jéhovah ne sont pas une religion ; que, au contraire, leur but est de combattre toutes les religions et que la religion est une invention du démon (...). Dans les circonstances, il m'est impossible de voir en vertu de quoi les Témoins de Jéhovah pourraient invoquer la liberté de culte" (p. 315).

(4) p. 342.

(5) RUSSELL P.H. : "The supreme court's interpretation of the constitution since 1949", *op. cit.*, p. 127.

(6) BEAUDOIN G.A. : "La Cour Suprême et la protection des droits fondamentaux", *R.B.C.*, 1975, vol. 53, p. 687.

Saumur déconcerta, à cet égard, nombre d'observateurs. De fait, le net cli-vage au sein de la Cour et l'entremêlement des arguments majoritaires n'ont pas été de nature à éclairer la signification réelle du jugement (1).

Cette apparente confusion peut s'expliquer, semble-t-il par l'in-terférence de deux motifs qui fondent la décision de la haute juridiction. D'une part l'invalidation du règlement en cause se base essentiellement sur le respect du principe inaliénable de la liberté de religion. En ce sens, l'ar-rêt Saumur marque une étape importante dans la défense de la liberté reli-gieuse et d'une manière plus générale dans "(...) l'utilisation du pouvoir constitutionnel par rapport aux libertés civiles" (2). Le règlement, d'autre part, est déclaré ultra vires de la compétence provinciale parce qu'il ne re-pose sur aucune des dispositions prévues à l'article 92 de l'A.A.N.B.

Toutefois, l'élément original de cet arrêt tient au fait que la Cour Suprême admet implicitement la réduction des droits civils provinciaux par le Parlement fédéral lorsque ceux-ci mettent en péril une liberté publique. Dans une telle optique, "l'autorité législative dans sa totalité est supérieure à une quelconque conception de droits réservés" (3). Par là-même, la Cour met en oeuvre une technique juridictionnelle (4) susceptible d'écarter toute menace à l'encontre de la liberté religieuse.

Dans la cohabitation de ces deux motifs principaux, il devient aus-si délicat de déterminer le ressort réel de l'invalidation. Est-ce uniquement l'atteinte à la liberté de religion ou l'atteinte au partage des compétences législatives ? On serait enclin à penser qu'il se situerait dans chacune des deux argumentations. Cette hypothèse expliquerait pourquoi l'arrêt Saumur, tout en affirmant le principe de la liberté du culte, n'élucide pas le problème

(1) SCOTT F.R. : "Civil liberties and canadian federalism", op. cit., p. 40. cf. ibid. : LASKIN B. : l'auteur souligne à cet égard la dispersion de l'argu-mentation : "Cette extraordinaire division d'opinion crée un résultat qui est autant curieux qu'insatisfaisant. Une majorité de la Cour considère que les provinces ont une certaine compétence législative dans le domaine de la li-berté d'expression religieuse. Deux tiers de la Cour estiment que dans cer-taines circonstances, les provinces n'ont pas une telle compétence législative. Un tiers seulement de la Cour refuse la compétence législative fédérale en matière de liberté religieuse. Cependant moins de la majorité affirme la com-pétence législative fédérale en la matière", ("Our civil liberties - the role of the supreme court", op. cit., p. 468).

(2) LASKIN B. : "Our civil liberties - the role of the supreme court", op. cit., p. 467.

(3) CHAMBERS N. : "Civil liberties after the Saumur case", U.T.S.L.R., 1954-1955, vol. 12-13, p. 20.

(4) cf. WEILER P.C. : "In the last resort : a critical study of the supreme court of Canada", op. cit., p. 193.

de savoir à quel ordre de compétence doivent se rattacher les libertés civiles. Dans l'immédiat, il semblerait que le champ des libertés civiles soit davantage assimilé par la haute juridiction à une "(...) terra incognita (...)" (1) constitutionnelle qu'à autre chose.

En outre, la juxtaposition de ces deux motifs d'origine fondamentalement dissemblables pourrait justifier de telles "(...) contorsions juridiques (...)" (2), observées dans l'attitude des juges majoritaires. On constate, en effet, que la Cour a intégré dans son raisonnement un argument d'ordre moral, en l'occurrence le principe de la liberté religieuse et un argument d'ordre constitutionnel à savoir le respect du partage des compétences.

2 - L'arrêt Birks H. & Sons ltd v. Cité de Montréal (3)

La haute juridiction avait, en l'espèce, conclu à l'invalidation de la loi sur l'observance du dimanche au motif qu'elle empiétait sur la juridiction fédérale relative au droit criminel (4). Toutefois, sans l'affirmer explicitement, le tribunal canadien semble avoir aussi fondé une telle invalidation sur le fait que la législation provinciale attentait au principe de la liberté religieuse (5).

A cet égard, les allusions à ce principe sont trop appuyées pour les interpréter comme de simples remarques. Ainsi, il n'échappe pas au juge FAUTEUX que la loi litigieuse entraîne des effets coercitifs dans le domaine de l'observance des fêtes religieuses :

"(Cette loi) n'a d'autre résultat recherché - et il n'est pas besoin d'entrer dans le domaine de la spéculation pour arriver à cette conclusion (...) que de promouvoir, dans la mesure indiquée, l'observance de chacun de ces jours de fête religieuse qui, au calendrier de toute année, ne tomberait pas le dimanche" (6).

(1) HOPKINS E.R. : "Confederation at the crossroads - the canadian constitution", op. cit., p. 225.

(2) WEILER P.C. : "The supreme court and the law of canadian federalism", op. cit., p. 348.

(3) (1955) R.C.S. 799.

(4) cf. supra p.

(5) L'opinion du juge RAND fait exception, cf. infra.

(6) p. 805.

Beaucoup plus incisive et audacieuse, l'argumentation du juge RAND fait référence au principe de la liberté religieuse pour justifier l'invalidation de la loi québécoise. Après avoir rappelé que les reconnaissances formelles comme l'observance du dimanche ont toujours été prescrites par les autorités religieuses, il note "(...) que ce sont les hommes qui ont décidé de conférer au dimanche son caractère commémoratif (...) et l'observance de la plupart d'entre eux constitue une obligation religieuse" (1).

Dès lors, une législation de cette nature, visant à la fermeture de magasins le jour des fêtes religieuses catholiques, ne saurait, en tout état de cause, relever de la juridiction provinciale :

"Ces considérations, estime le juge RAND, indiquent également que la loi a été édictée dans un but religieux ; elle prescrit ce qui est par essence une obligation religieuse (...). De ce point de vue (...) la disposition, en tant que loi relative à la religion, excède la compétence législative de la province" (2).

Sans conteste, de telles considérations se situent dans le prolongement de l'ouverture de l'arrêt Saumur et constituent "(...) une importante protection des libertés constitutionnelles vitales (...)" (3). Pourtant, la hauteur de vue du juge RAND se heurte à l'incompréhension, voire à l'hostilité de ceux qui refusent à voir dans ce litige une atteinte à la liberté religieuse (4). A la fois prophétique et solitaire, l'opinion du juge RAND n'est qu'un miroir déformant de la démarche globale de la Cour Suprême.

Celle-ci, dans son ensemble, ne cherche pas à dépasser le stade des généralités dans son analyse de la liberté de religion. Certes, en faisant référence au respect de la liberté de religion, la Cour Suprême manifeste une grande ouverture. Mais ce principe ne joue en fin de compte, dans l'élaboration de la ratio decidendi, qu'un rôle complémentaire, sinon marginal. L'arrêt Birks illustre, à cet égard, la répugnance des juges canadiens à délaissier le canevas interprétatif classique du critère de répartition des compétences. Aussi peut-on "(...) difficilement dire que la raison de l'invalidité du règlement Birks vient de son effet restrictif sur la liberté religieuse" (5).

(1) p. 812.

(2) p. 813.

(3) BREWIN F.A. : "Constitutional law - closing of stores on holy days - criminal law - religious and political freedom", op. cit., p. 86.

(4) GARANT P. estime que "ce règlement ne diminue en rien la liberté de religion sous quelque forme que ce soit ; bien au contraire, il la favorise subsidiairement", ("La liberté religieuse et le droit positif québécois", op. cit., p. 366).

(5) WEILER P.C. : "The supreme court and the law of canadian federalism", op. cit., p. 346.

En la circonstance, toute l'originalité de la Cour Suprême revient dans sa détermination à intégrer le principe de la liberté de religion dans son argumentation. Mais une certaine réserve semble lui interdire d'aller plus loin. La reconnaissance jurisprudentielle de ce principe, tout aussi importante qu'elle soit, ne débouche sur aucune implication constitutionnelle. D'une certaine façon, la Cour Suprême reste dans ce domaine au milieu du gué.

3 - L'arrêt Chaput v. Romain (1)

La haute juridiction devait, à nouveau, dans ce litige, rappeler le principe de la liberté religieuse et les droits qui en découlent (2). Au cours d'une réunion des disciples des Témoins de Jéhovah tenue au domicile du demandeur Chaput, des officiers de police avaient ordonné la dispersion des personnes présentes et avaient procédé à la saisie de documents. Toutefois aucune plainte n'avait été déposée contre ces personnes. Cependant, le demandeur Chaput, débouté en première instance puis devant la Cour d'appel du Québec, en appelait devant la Cour Suprême aux fins de poursuivre en dommages et intérêts l'officier de police qui avait interrompu la réunion.

Les juges se devaient, en l'espèce, de déterminer si l'officier de police avait le droit de se prévaloir, lors des faits litigieux, des dispositions relatives à la bonne foi aux termes de l'article 7 des statuts révisés de la législature du Québec (3). Dans un jugement unanime, la haute juridiction conclue au caractère illégal de la perquisition de l'officier de police.

Affirmant que l'action de bonne foi ne saurait en aucune façon excuser la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle de l'officier de police, la Cour soulignait, par ailleurs, que les croyances d'une minorité religieuse avaient droit au même respect que celles de la religion dominante :

"Dans notre pays, considère le juge TASCHEREAU, il n'existe pas de religion d'Etat. Personne n'est tenu d'adhérer à une croyance quelconque. Toutes les religions sont sur un pied d'égalité (...). La conscience de chacun est une affaire personnelle et l'affaire de

(1) (1955) R.C.S. 834.

(2) cf. CAPELOVITCH L. : "Constitutional law - civil responsibility - freedom of religion - police conduct - quantum of damages - moral damages - punitive damages", McGill L.J. - 1956, vol. 2, p. 128.

(3) Article 7 : "Les juges de paix, officiers ou autres personnes ont droit à la protection et aux privilèges accordés par la présente loi dans tous les cas où ils ont agi de bonne foi dans l'exécution de leurs devoirs, bien qu'en faisant un acte, ils aient excédé leur pouvoir ou leur juridiction, et aient agi clairement contre la loi" (S.R.Q., 1941, ch. 18).

nul autre. Il serait désolant de penser qu'une majorité puisse imposer ses vues religieuses à une minorité" (1).

En se référant clairement au principe de la liberté de croyance religieuse, le tribunal suprême donnait, non sans courage, l'exemple de la tolérance. Même si le rappel d'un tel principe ne semble pas avoir formé l'ossature essentielle de la décision, il ne pouvait qu'honorer la Cour dans sa volonté de défendre la liberté dans le domaine religieux.

4 - L'arrêt Lamb v. Benoît (2)

Dans cette affaire, Louise Lamb et quelques autres, tous membres de la secte des Témoins de Jéhovah, avaient été mis en état d'arrestation au moment où ils distribuaient des brochures religieuses relatives à leurs croyances. Bien qu'aucune plainte n'ait été portée contre Louise Lamb, celle-ci intentait une poursuite en dommages et intérêts contre les officiers de police.

La haute juridiction estima, dans ses conclusions, que l'arrestation ne reposait sur aucune justification dans la mesure où elle entravait le principe fondamental de la diffusion des croyances religieuses :

"L'appellante a été soumise à l'ignominie de l'arrestation et de la poursuite judiciaire pour le délit de distribution d'un libelle séditieux, délit dont Benoît savait qu'elle était innocente" (3).

L'intérêt de l'arrêt Lamb réside à cet égard dans l'attitude de la majorité des juges de formation de common law à l'endroit du droit civil québécois. A cet égard, cette décision jurisprudentielle pose la question de savoir dans quelle mesure "(...) la majorité de la Cour Suprême du Canada de common law devrait respecter les vues de la minorité de formation civiliste lorsqu'il s'agit de l'interprétation du Code civil du Québec ainsi que de la jurisprudence civile en général (...)" (4). De fait, pour le juge FAUTEUX, il ne faudrait pas "(...) davantage (...) appliquer des principes de la common

(1) p. 840.

(2) (1959) R.C.S. 321.

(3) Juge LOCKE, p. 361 ; cf. ibid. juge RAND, p. 341.

(4) McWHINNEY E. : "Federalism - civil law and common law jurisprudence - interpretation of provincial statutes by supreme court of Canada : positivism and natural law - cancellation of liquor licence - false arrest and malicious prosecution to provincial police officers - delictual responsibility under Quebec civil Code", R.B.C., 1959, vol. 37, p. 510.

law nettement en conflit avec ceux du Code civil" (1). Ainsi, dans son dessein de préserver le principe de la liberté de croyance religieuse, les juges majoritaires n'ont-ils pas hésité à imposer leur propre lecture des dispositions du droit civil québécois (2).

5 - L'arrêt Roncarelli v. Duplessis (3)

Pour nombre d'auteurs, l'arrêt Roncarelli restera comme "(...) la décision la plus célèbre de la Cour Suprême du Canada au cours de son siècle d'existence" (4). Cette célébrité s'enracine indubitablement dans le fait que la haute juridiction, en informant un jugement unanime de la Cour d'Appel du Québec, infligea un véritable camouflet au Premier Ministre du Québec, Maurice DUPLESSIS.

En l'espèce, le demandeur Roncarelli, restaurateur, était détenteur d'un permis de vente de boissons alcoolisées émis par la Commission des liqueurs. Utilisant ses propres ressources, ce dernier avait servi de caution judiciaire pour plusieurs personnes arrêtées en raison de leurs activités religieuses. Considérant qu'il s'agissait, en la matière, d'un comportement condamnable, le Premier Ministre DUPLESSIS, en sa qualité de Procureur Général, ordonna à la commission des Liqueurs d'annuler son permis.

Ainsi, la Cour Suprême avait-elle à se prononcer sur le bien-fondé de l'action en dommages et intérêts intentée par Roncarelli. Dans un jugement sans ambiguïté, le tribunal justifia cette action parce que le fait d'offrir sa caution judiciaire, loin d'être répréhensible, constituait un droit absolu pour toute personne.

(1) Juge FAUTEUX, dissident, p. 363.

(2) LACOMBE B. considère, à cet égard, que cet arrêt "(...) met en évidence le souci qu'ont les juges à l'esprit libéral de ne pas laisser impunie la violation patente de la liberté individuelle à cause de technicalités de procédure et de prescription" ("Action en dommages-intérêts pour arrestation - détention arbitraire et dénonciation calomnieuse - art. 1053 c.c.; - défense de prescription : loi des privilèges des juges de paix et des magistrats. S.R.Q. 1941, c.18, arts. 5, 7, Loi de la Sûreté provinciale et de la police des liqueurs, S.R.Q. 1941, c.47, art. 24, 36", McGill L.J., 1959-1960, vol. 6., p. 62).

(3) (1959) R.C.S. 121.

(4) SCOTT F.R. : "The supreme court and civil liberties", A.L.R. 1976, vol. 14, p. 98.

Faisant indirectement référence au principe de la liberté religieuse, le juge RAND s'attacha à replacer la démarche du Premier ministre dans le cadre de l'objectif réel, à savoir mettre un terme aux activités des Témoins de Jéhovah et à leur "campagne soi-disant répréhensible" (1). Soulignant avec pertinence la "(...) malice (...)" (2) pour le moins pernicieuse de vouloir atteindre d'une manière détournée l'exercice de la liberté de religion, le juge RAND ajoutait :

"La manière d'agir de l'intimé, par l'intermédiaire de la Commission, revenait à la violation d'un devoir public statutaire et tacite vis-à-vis de l'appelant ; elle constituait un abus flagrant d'un pouvoir donné par la loi, dont le but expresse était de le punir à raison d'un acte tout à fait étranger à la loi" (3).

On réalise, ainsi, que le principe de la liberté du culte n'est abordé que de façon allusive. Ne formant pas véritablement la ratio decidendi de l'arrêt, il imprègne voire sous-tend le raisonnement de la Cour. L'argumentation dissidente du juge TASCHEREAU est révélatrice à cet égard. Ce dernier, en effet, ne s'aventure pas sur le terrain de savoir si la mesure de suppression du permis menaçait la liberté religieuse. Pourtant, en se réfugiant derrière "(...) la conviction (...) profondément ancrée parmi la population, que les "Témoins de Jéhovah" étaient des perturbateurs de la paix publique, des sources constantes de trouble et de désordre dans la province" (4), le juge TASCHEREAU porte une appréciation religieuse qui équivaut à un aveu.

De fait, même si la référence au principe de la liberté religieuse n'occupe qu'une place marginale dans les considérants de l'arrêt, son expression souligne, en tout état de cause, l'attachement du haut tribunal à prendre en compte les implications du litige sur le plan de la liberté religieuse. En proclamant que "(...) les pouvoirs gouvernementaux ne doivent pas être exercés arbitrairement" (5), la Cour Suprême contribuait ainsi à raffermir une telle liberté.

(1) p. 133.

(2) p. 141.

(3) *ibid.*, p. 141.

(4) p. 127.

(5) McWHINNEY E. : "Federalist - civil law and common law jurisprudence - interpretation of provincial statutes by supreme court of Canada : positivism and natural law - cancellation of liquor licence - false arrest and malicious prosecution by provincial police officers - delictual responsibility under Quebec civil Code", *op. cit.*, p. 512.

C'était, pour la Cour Suprême, rappeler, par la même occasion, le principe de l'égalité devant la loi. Rien, considère-t-elle, ne permettait, en effet, au Procureur Général du Québec de se soustraire de par sa fonction, à la loi. (cf. juge RAND, p. 142-143).

Paragraphe 2 - Les raisons de la percée audacieuse de la Cour Suprême

Tout le monde s'accorde pour qualifier d'audacieux le travail jurisprudentiel accompli par la Cour Suprême dans le domaine des libertés fondamentales au cours des années 1950. Cette construction jurisprudentielle s'est avérée d'autant plus novatrice qu'elle ne s'est appuyée sur aucune disposition constitutionnelle précise. De fait, en l'absence de toute espèce de déclaration des droits, la haute juridiction canadienne s'est façonnée, à travers cette série de décisions, une image nettement libérale dans la protection des libertés publiques (1).

Nombreux sont les observateurs qui ont souligné, à cet égard, cette fonction de substitution opérée par la jurisprudence de la Cour :

"(...) la Cour Suprême du Canada, dans son interprétation de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, a rendu explicite pour le Canada certaines garanties constitutionnelles en matière de liberté dans une sorte de déclaration partielle des droits" (2).

C'est dire combien cet échafaudage jurisprudentiel consolidé au fil des années 1950, a pratiquement suppléé l'inexistence d'une déclaration des droits. D'aucuns notent ainsi que "(...) la Cour Suprême a montré une flexibilité judiciaire considérable d'un bout à l'autre des années 1950 en édictant une "Déclaration des droits implicite" (...) (3). Ainsi, durant toute cette période, l'on aurait assisté "(...) dans une certaine mesure à l'élaboration jurisprudentielle d'une Déclaration non écrite des droits de l'homme" (4).

(1) cf. SCHMEISER D.A. : "Civil liberties in Canada", Oxford University Press, London, 1964, p. 286-287.

(2) BREWIN F.A. : "Constitutional law - Quebec Padlock Act - Communism and bolchevism - criminal law - a Bill of Rights implicit in the B.N.A. Act", op. cit., p. 554.

(3) FOWLER D. : "The canadian Bill of Rights : a compromise between Parliamentary and judicial supremacy", A.J.C.L., 1973, vol. 21, p. 716-717.

(4) BEAUDOIN G.A. : "La Cour Suprême et la protection des droits fondamentaux", op. cit., p. 686. L'auteur estime à cet égard que "durant la décennie 1950-1960 (...) la Cour Suprême avait, dans une certaine mesure, procédé à l'établissement d'un code non écrit des droits de l'homme par des décisions remarquables en matière de droits fondamentaux", ("La Cour Suprême du Canada et la constitutionnalité des lois", Travaux des sixièmes journées d'études juridiques Jean Dabin : "Actualité du contrôle juridictionnel des lois", Faculté de Droit de Louvain, Bruxelles, 1973, p. 196).

- cf. ibid. du même auteur : "Le fédéralisme face à la société post-industrielle : au Canada", Travaux du douzième colloque international de droit comparé, Ottawa 1974, Editions de l'Université d'Ottawa, 1976, p. 59.

Certains sont même aller jusqu'à affirmer que dans un tel contexte jurisprudentiel, la formulation explicite d'une Déclaration des droits ne s'imposait plus (1).

Deux types de motivations peuvent être à même d'expliquer cette ouverture du tribunal canadien en matière de libertés fondamentales. Il y aurait lieu de distinguer, en la circonstance, les pesanteurs d'ordre sociologique et les pesanteurs d'ordre politique.

A - Les pesanteurs d'ordre sociologique

On a coutume d'attribuer cet "(...) activisme rampant (...)" (2) du haut tribunal canadien dans le domaine des libertés publiques à une certaine forme de mimétisme jurisprudentiel. Ainsi, l'influence exercée par la Cour Suprême des Etats-Unis pour la défense des libertés aurait, selon cette hypothèse, poussé son homologue canadienne dans la voie du libéralisme jurisprudentiel. Indéniablement, un tel comportement progressiste de l'instance suprême américaine a joué un rôle non négligeable dans la prise de conscience des juges canadiens. De fait, la décision judiciaire de 1954 sur la déségrégation scolaire comme les jugements subséquents de la Cour Warren ont fait, certainement, "(...) une profonde impression sur l'opinion canadienne" (3). Les initiatives audacieuses du tribunal suprême américain seraient, dès lors, à l'origine du soudain intérêt de la Cour Suprême canadienne pour la protection des libertés.

Cette ouverture jurisprudentielle de la haute juridiction peut, aussi, se justifier par la prégnance de l'environnement politique au lendemain de la seconde guerre mondiale. Durant cette époque troublée, la Cour Suprême serait allée volontairement à contre-courant des pesanteurs ambiantes en faisant de la protection des libertés fondamentales la pierre de touche de son approche jurisprudentielle.

Sans vouloir assimiler cette démarche à ce que d'aucuns ont pu appeler "(...) une extraordinaire période d'idéalisme d'après-guerre" (4), il demeure, néanmoins, exact que le tribunal canadien s'est retrouvé seul face

(1) cf. CAVALLUZZO P.J. : "Judicial review and the Bill of Rights : Drybones and its aftermath", O.H. L.J., 1971, vol. 9, p. 528.

(2) GIBSON D. : "And one step backward : the supreme court and constitutional law in the sixties", op. cit., p. 629.

(3) RUSSELL P.H. : "The political role of the supreme court of Canada in its first century", op. cit., p. 591.

(4) GIBSON D., ibid., p. 636.

à un milieu social quelque peu incrédule. A cet égard, cette forte sensibilité de la Cour aux atteintes arbitraires dans le domaine des libertés correspondait à une relative désaffection de l'opinion publique à leur endroit. C'est dire, dans cette perspective, que "les décisions en matière de libertés civiles de la Cour Suprême du Canada pendant les années 1950 (...) pourraient s'expliquer en terme de modèle "compensatoire" ou "réactif" " (1). En ce sens, le tribunal canadien se serait efforcé de tempérer cette indifférence des milieux canadiens vis-à-vis des libertés en adoptant une ligne jurisprudentielle foncièrement libérale en ce domaine.

D'autres éléments internes à la Cour ne sont pas, sans doute, étrangers à ce que d'aucuns considèrent comme étant "(...) peut-être la contribution la plus remarquable apportée par la Cour Suprême au droit du fédéralisme canadien (...) " (2). Ainsi, l'incidence du facteur humain sur l'orientation du haut tribunal dans le domaine des libertés, s'est révélée incontestablement de première importance. A cet égard, des personnalités judiciaires comme le juge RAND ont eu, indéniablement, un rôle d'entraînement parmi ses collègues de la Cour.

D'une grande hauteur de vues et d'une intuition sans égale (3), ce dernier s'affirma tout au long de sa carrière judiciaire au sein de la Cour, comme le défenseur opiniâtre des libertés publiques. Les interventions brillantes du juge RAND dans la plupart des grands arrêts des années 1950 expliquent, par là-même, pourquoi la Cour a pu "(...) exercer une imagination et un impact considérables (...) " (4) dans la défense des libertés. Ses conceptions, en la matière, prouvent, si besoin est, la vitalité de son esprit de jugement :

"La règle du pouvoir judiciaire dans la préservation des libertés n'est pas suffisamment assurée par une simple affirmation de juridiction, nous devons examiner cette règle en action. Ces libertés ne peuvent être préservées seulement qu'à travers une administration judiciaire qui, à force d'intelligence, de courage et de vigilance sans relâche maintient leurs valeurs inviolables. Mais, comme première condition à un tel fonctionnement, l'esprit judiciaire doit être lui-même libre !" (5).

(1) Ibid., p. 636.

(2) WEILER P.C. : "The supreme court and the law of canadian federalism", op. cit., p. 342.

(3) POLLOCK E.M. décrit le juge RAND en ces termes : "Sa réputation d'homme de principe, de penseur indépendant et de juriste éminent l'avait précédé à Ottawa", ("Mr. Justice Rand - a triumph of principle", R.B.C. 1975, vol. 53, p. 519).

(4) CHEFFINS R.I. : "The supreme court of Canada : the quiet court in an inquiet country", O.H.L.J., 1966, vol. 4, p. 268.

(5) RAND I.C. : "The role of an independant judiciary in preserving freedom", U.T.L.J., 1951, vol. 9, p. 5.

Seules, une telle indépendance de jugement et une telle exigence de la fonction judiciaire pouvaient, en dehors de toute référence textuelle, bousculer les habitudes légalistes de la haute juridiction. Par l'établissement d'un "(...) dialogue réel (...)" (1) avec les principes qui se doivent de régir une société démocratique, la philosophie judiciaire militante du juge RAND contribuait à briser l'isolement social du tribunal canadien.

B - Les pesanteurs d'ordre politique

Certains ont été tentés de découvrir derrière le foisonnement jurisprudentiel de la Cour dans le domaine des libertés fondamentales des motivations, voire des mobiles, d'ordre politique : la haute juridiction canadienne aurait, sous le couvert fort respectable de la défense des libertés, procédé à une sorte de mise au pas de la province du Québec. De fait, on constate que la plupart des arrêts de la Cour Suprême de la décennie 1950 en la matière ont eu pour résultat de déclarer inconstitutionnelles plusieurs "(...) pratiques autoritaires (...)" (2) du gouvernement DUPLESSIS. A cet égard "(...) la plus grande contribution du "duplessisme" au droit public des libertés fondamentales (...)" (3) aura sans nul doute été d'amener la Cour Suprême à prendre fait et cause pour la liberté de religion.

Qu'il y ait eu "préméditation" ou non, le renversement systématique par le tribunal suprême de plusieurs décisions de la Cour d'Appel du Québec ne pouvait pas ne pas provoquer un certain ressentiment dans les milieux québécois. Certes, personne au Québec serait prêt à nier le caractère réellement progressiste de la jurisprudence de la Cour dans le domaine des libertés publiques. Cependant, nombre n'ont pas caché leur amertume en constatant qu'un tel fleurissement jurisprudentiel s'est réalisé essentiellement aux dépens de la belle province :

"(...) c'est notamment en renversant en appel au moins huit décisions de la Cour du banc de la Reine du Québec que la Cour Suprême a favorisé l'accroissement des pouvoirs fédéraux au détriment des Etats provinciaux" (4).

(1) WEILER P.C., *ibid.*, p. 343.

(2) RUSSELL P.H. : "The political role of the supreme court of Canada in its first century", *op. cit.*, p. 591.

(3) BRUN H. & TREMBLAY G. : "Droit Public Fondamental", *op. cit.*, p. 207.

(4) BROSSARD J. : "La Cour Suprême et la constitution - le forum constitutionnel du Canada", *op. cit.*, p. 209.

Ce dépit s'avère d'autant plus compréhensible que dans la plupart des litiges, la Cour Suprême a développé une interprétation du partage des compétences pour le moins restrictive à l'égard des provinces. Beaucoup ont aussi le sentiment qu'au nom de la protection des libertés fondamentales, la haute juridiction a arbitrairement amputé certaines prérogatives provinciales. Ce n'est, dès lors, pas un hasard de voir certains auteurs soupçonner la Cour de s'être abandonnée à un penchant antiquébécois en pratiquant en la matière une politique de deux poids et deux mesures. Autant, le tribunal canadien aurait jugé avec sévérité la validité des législations provinciales, autant il aurait, par ailleurs, "(...) fait preuve d'une trop grande timidité face aux abus du même ordre commis par le fédéral" (1).

Ce malaise des milieux québécois vis-à-vis de l'oeuvre jurisprudentielle de la Cour pour la défense des libertés dans la décennie 1950, trouve un écho significatif chez certains auteurs canadiens anglophones :

"Une des principales charges des plaintes actuelles du Québec à l'égard de la Cour Suprême du Canada, comme elle est présentement constituée, apparaît, en fait, être dirigée contre le jugement dans des décisions de droit constitutionnel relatives à des causes d'origine québécoise, que les juristes essentiellement anglais des provinces de common law du Canada ont, peut-être inégalement, eu l'habitude de qualifier de "grandes décisions en matière de libertés civiles des années 1950" (...)" (2).

De fait, on remarque que dans la majorité des arrêts rendus par la haute juridiction canadienne dans le domaine des libertés publiques, la division des opinions passe par la ligne de partage entre les juges canadiens anglais instruits à l'école de la common law et les trois juges québécois de formation civiliste. Loin d'être fortuit, ce clivage observé au sein même de la Cour entre ces deux communautés juridiques se révélait inéluctable dans la mesure où il reflète parfaitement l'hétérogénéité linguistique et culturelle du Canada :

"(...) le renversement, note RUSSELL, de la Cour d'Appel du Québec par la Cour Suprême et la tendance sensible des membres canadiens-français de la Cour d'être dissidents dans les jugements de la majorité ne sont pas des coïncidences mais sont le résultat d'un conflit fondamental entre des valeurs sociales et juridiques"(3).

(1) MARX H. : "Les grands arrêts de la jurisprudence constitutionnelle au Canada", Les Presses de l'Université de Montréal, 1974, p. 601.

(2) McWHINNEY E. : " "Bicultural" constitutionalism in Canada - proposals for reorganisation of the canadian federal system" in "Federal constitution - making for a multi-national world", SIJTHOFF A.W., 1966, p. 94.

(3) RUSSELL P.H. : "The supreme court of Canada as a bilingual and bicultural institution", op. cit., p. 144.

En définitive, s'il peut paraître excessif d'affirmer que la majorité anglophone du haut tribunal canadien ait voulu, par le biais de la défense des libertés, donner une correction politique à l'enfant terrible de la Confédération, il n'en reste pas moins que cette fameuse "coïncidence" décrite par les auteurs a suscité au Québec une vive désillusion.

SECTION II - LE TASSEMENT JURISPRUDENTIEL DES ANNEES 1960

Les années 1960 marquent indubitablement un net relâchement de la Cour Suprême dans son effort de protection des libertés publiques. "En termes de résultats, commente le professeur WEILER, la Cour a beaucoup défendu les libertés civiles dans les années 1950 et tellement moins dans les années 1960" (1). C'est dire combien la période de la décennie 1960 a reflété un reflux sensible de l'ouverture jurisprudentielle du tribunal canadien dans le domaine des libertés. Cette "(...) répugnance grandissante (...) " (2) de la Cour à persévérer dans la voie tracée au cours des années antérieures s'avérait d'autant plus surprenante que le Parlement fédéral venait de voter au début des années 1960 la Déclaration canadienne des droits, qui aurait pu fournir à la Cour le matériau juridique susceptible d'étayer sinon de développer sa nouvelle orientation jurisprudentielle en la matière. Peine perdue.

En effet, loin de répondre aux attentes de ceux qui voyaient dans cette déclaration un instrument dynamisant quant à la défense des libertés, la haute juridiction n'accorda, dans la décennie 1960, aucun intérêt à ce texte (3). Il nous faudra, dès lors, analyser dans quelle mesure le vote de la déclaration canadienne des droits n'a pas empêché un réalignement jurisprudentiel de la Cour Suprême dans le domaine des libertés fondamentales.

(1) WEILER P.C. : "The supreme court and the law of canadian federalism", op. cit., p. 345.

cf. ibid. CAVARZAN J. : Analysant la jurisprudence des années 1960, l'auteur notait avec justesse que "la tendance libérale de jugement qui avait été la caractéristique de la décennie précédente est en train d'être renversée ou abandonnée", ("Civil liberties and the supreme court : the image and the institution", Thèse, Osgood Hall Law School, 1965, p. 113).

(2) GIBSON D. : "And one step backward : the supreme court and constitutional law in the sixties", op. cit., p. 622. L'auteur souligne, par ailleurs "(...) la répudiation faite par la Cour des quelques pas timides vers un franc débat sur les considérations politiques qu'elle avait formulées dans les années 1950. Cela (...) fut le trait le plus mauvais des décisions constitutionnelles de la Cour Suprême dans les années 1960" (p. 639).

(3) BEAUDOIN G.A. estime que "de 1960 à 1969, cette Déclaration canadienne des droits n'a été, en quelque sorte, qu'un code d'interprétation. Le rôle qu'elle a joué fut effacé" ("La Cour Suprême et la constitutionnalité des lois", op. cit., p. 194).

cf. ibid. du même auteur : "La Cour Suprême et la protection des droits fondamentaux", op. cit., p. 691.

Paragraphe 1 - Le vote de la déclaration canadienne des droits

A la différence de la constitution américaine, l'A.A.N.B. de 1867 ne renferme aucune Déclaration des droits. Aucun Bill of Rights n'avait été rédigé par les constituants canadiens de nature à protéger constitutionnellement les libertés publiques. Ce vide n'avait pas manqué d'être relevé par certains juges de la Cour Suprême dans les années 1950. Ainsi le juge KERWIN déplorait-il l'absence préjudiciable "(...) de déclaration des droits analogue à celle qui figure dans la constitution des Etats-Unis (...)" (1).

C'est sous l'impulsion du Premier Ministre canadien J. G. Diefenbaker que ce grave oubli fut réparé. En effet, ce dernier soumit au Parlement un projet de loi qui avait pour dessein de protéger dorénavant d'une manière cohérente et complète l'ensemble des libertés publiques. Après de longs débats forts animés, le texte devait être finalement voté et sanctionné le 10 août 1960 (2).

A - Les dispositions du texte

La force de la Déclaration canadienne des droits provient indiscutablement du caractère non restrictif de ses dispositions (3). L'article 1 énonce à cet égard :

"Il est par les présentes reconnu et déclaré que les droits de l'homme et les libertés fondamentales ci-après énoncés ont existé et continueront à exister pour tout individu au Canada quels que soient sa race, son origine nationale, sa couleur, sa religion ou son sexe :

- a) le droit de l'individu à la vie, à la liberté, à la sécurité de la personne ainsi qu'à la jouissance de ses biens, et le droit de ne s'en voir privé que par l'application régulière de la loi ;
- b) le droit de l'individu à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi ;
- c) la liberté de religion ;
- d) la liberté de parole ;
- e) la liberté de réunion et d'association, et
- f) la liberté de presse. "

(1) cf. Saumur v. Cité de Québec (1953) R.C.S. 299, p. 324.

(2) 1960 S.C., c. 44 ; S.R.C. 1970, app. III.

(3) Toutefois, il faut souligner que la Déclaration des droits est simplement déclaratoire dans la mesure où elle ne crée aucuns droits qui n'existaient avant et n'impose aucunes sanctions autres que celles prévues par la common law et les autres statuts.

Toutefois, l'assise non-constitutionnelle de la Déclaration contribue à affaiblir sa portée sur le plan juridique. En effet, ce texte législatif de 1960 n'est qu'une simple loi fédérale qui n'a trait qu'aux matières fédérales. Elle ne concerne, dès lors, aucunement les législations provinciales (1). Par ailleurs, les dispositions de l'article 2 ne sont pas de nature à renforcer sa crédibilité :

"Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la Déclaration canadienne des droits, doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes, ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression et en particulier, nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme (...)"

Véritable clef de voute de l'édifice législatif de 1960, ce considérant conditionne l'efficacité réelle de la Déclaration. Car au terme de cette disposition, le Parlement fédéral pourrait passer outre à la Déclaration canadienne des droits en le prévoyant expressément dans une loi et même à la rigueur l'abroger.

Aussi, devine-t-on le dilemme posé à la Cour Suprême : s'agit-il de ramener cette disposition à une simple règle d'interprétation ou doit-elle être assimilée à une clause engoignant les tribunaux à déclarer nulle toute législation contrevenant à la Déclaration ? L'issue d'une telle alternative emporte, à cet égard, des conséquences primordiales en matière de libertés fondamentales.

Car en choisissant la deuxième hypothèse, la haute juridiction pourrait ainsi se réserver le droit de sanctionner une loi fédérale qui enfreindrait les dispositions de la Déclaration. On imagine, dans une telle perspective, les virtualités offertes par ce texte dans le domaine de la défense des droits fondamentaux.

(1) cf. BEAUDOIN G.A. : "Le fédéralisme face à la société post-industrielle : au Canada", op. cit., p. 58.

cf. ibid. : TURI G. : "Reflexions sur la future déclaration des droits de l'homme au Canada", R.J.T., 1958-1959, vol. 9, p. 161.

cf. ibid. : SHUMIATCHER M.C. : "The canadian Bill of Rights : its first year of testing", Canadian Bar Association, 1961, p. 107.

LEDERMAN W.R. estime à cet égard que le fondement statutaire de la Déclaration s'avère "(...) une forme relativement modeste pour un tel document", ("The nature and problems of a Bill of Rights", R.B.C. 1959, vol. 37, p. 14).

B - Les virtualités du texte

Non sans lucidité, d'aucuns prédisaient que "le sort de la nouvelle Déclaration des droits canadienne dépendra (...) en fin de compte du pouvoir judiciaire (...)" (1). De fait, il ne tenait qu'à la Cour Suprême d'exploiter les potentialités d'une telle loi afin d'assurer avec une plus grande fermeté la protection des libertés. C'était souligner, en la circonstance, qu' "(...) une Déclaration des droits ne vaut que ce que la Cour en fait" (2).

Toutefois, la marge de manoeuvre de la haute juridiction se trouvait limitée par les dispositions de l'article 2 de la Déclaration qui éclairent les responsabilités du Parlement fédéral en l'espèce :

"Le succès de l'opération de la Déclaration va dépendre en première instance de la volonté du Parlement de permettre aux cours de donner plein effet à la Déclaration" (3).

Par ailleurs, le flou entretenu autour de la portée juridique exacte de cette loi fédérale n'était pas de nature à favoriser de la part de la Cour une attitude jurisprudentielle ouverte. Fruit des contingences politiques (4), la Déclaration de 1960 ne pouvait dès lors guère répondre à une définition juridique précise :

"La Déclaration canadienne des droits, notait le professeur LASKIN, avance sur une ligne médiane entre d'une part une simple affirmation ou déclaration de principes et d'autre part (...) une série de directives applicables" (5).

De telles contraintes, cependant, n'entamaient en rien l'efficacité en puissance de la Déclaration à condition, naturellement, que le tribunal suprême soit disposé à l'interpréter dans un sens favorable aux libertés. L'utilisation de la loi de 1960 et la démonstration de "(...) son utilité dans l'action"

(1) McWHINNEY E. : "The supreme court and the Bill of Rights - the lessons of comparative jurisprudence", R.B.C. 1959, vol. 37, p. 27.

(2) ABEL A.S. : "The Bill of Rights in the United States : what has it accomplished ?", R.B.C. 1959, vol. 37, p. 188.

(3) BRUTON P.W. : "The canadian Bill of Rights : some american observations", McGill L.J., 1962, vol. 8, p. 111.

(4) TOLLEFSON E.A. note : "Il est tout à fait clair que la Déclaration canadienne des droits fut passée comme mesure politiquement avantageuse", ("The canadian Bill of Rights and the canadian courts", S.B.R., 1961, vol. 26, p. 111).

(5) LASKIN B. : "Canada's Bill of Rights : a dilemma for the courts ?", I.C.L.Q., 1962, vol. 11, p. 527.

(1) de défense des libertés dépendaient, par conséquent, du comportement qu'aurait la Cour Suprême à son endroit.

Dès lors, au seuil des années 1960, le problème n'était plus de savoir si la haute juridiction avait à jouer un rôle "(...) nécessaire et désirable" (2) en la matière. Désormais, pour beaucoup d'observateurs, il s'agissait de déterminer dans quelle mesure la Cour saurait trouver dans la Déclaration des droits l'appui juridique nécessaire pour étayer sa jurisprudence dans le domaine des libertés.

Paragraphe 2 - Le réalignement jurisprudentiel de la Cour Suprême

La déception aura été vive chez ceux qui pensaient voir la Déclaration canadienne des droits jouer un rôle marquant dans la défense des libertés. En effet, au cours des années 1960, la Cour Suprême va pratiquer une politique de l'autruche en ignorant purement et simplement les dispositions de la Déclaration. En se réfugiant ainsi dans une superbe réserve, la haute juridiction ruinait les illusions de beaucoup "(...) qui souhaitaient que la propulgateur de la Déclaration des droits en 1960 aurait amené une ère d'activisme judiciaire vigoureux" (3).

Cette réticence profonde de la Cour à se référer à la Déclaration des droits devait rendre inévitablement celle-ci sans objet. De fait, d'aucuns pouvaient constater à la fin de la décennie 1960 que "(...) l'impact pratique direct de la Déclaration des droits a été presque nul" (4). Dès lors, en se cantonnant en matière de libertés fondamentales, dans une approche jurisprudentielle traditionnelle, les juges canadiens neutralisaient durablement les potentialités de la loi fédérale de 1960 :

"D'une manière regrettable, la Déclaration des droits a échoué pour remplir les fonctions importantes que nous avons escompté et voulu dans le Parlement. L'insuccès est imputable principalement (...) à l'échec des cours, en premier lieu de notre Cour Suprême, de l'utiliser (...) comme un instrument par lequel les

(1) McWHINNEY E. : "The new canadian Bill of Rights", A.J.C.L., 1961, vol. 10, p. 89.

(2) McWHINNEY E. : "The supreme court and the Bill of Rights - the lessons of comparative jurisprudence", op. cit., p. 21.

(3) RUSSELL P.H. : "The political role of the supreme court of Canada in its first century", op. cit., p. 591.

(4) BRETT P. : "Reflections on the canadian Bill of Rights", A.L.R., 1968-1969, vol. 7, p. 294.

droits et les libertés inaliénables du peuple canadien peuvent être proclamés de temps en temps dans des causes appropriées" (1).

C'est dire, par conséquent, l'incidence négligeable qu'a eue la Déclaration des droits pendant les années 1960. Loin d'y recourir, la Cour Suprême en rendit la portée caduque en écartant l'essentiel de ses dispositions contraignantes (2). Cette démarche traduisait, en définitive, une normalisation sensible de la jurisprudence du tribunal canadien dans le domaine de la protection des droits fondamentaux. A travers cette défection de la Cour à l'égard de la Déclaration de 1960, l'on assistait à un réalignement jurisprudentiel perceptible tant dans le domaine des libertés politiques, religieuses que juridiques.

A - La jurisprudence de la Cour en matière de libertés politiques

On ne retrouve pas dans l'oeuvre jurisprudentielle de la Cour relative à la défense des libertés politiques la même homogénéité que dans celle développée sous la décennie 1950. Cette moindre vigilance se relève ainsi dans des arrêts tels *Yuet Sun v. la Reine* (3) ou *Rebrin v. Bird et al.* (4) dans

(1) MALONEY A.E.M. : "The Bill of Rights - and the courts", CH. L. J., 1966, vol. 14, p. 296.

cf. *ibid.* CHEFFINS R.O. : "(...) la Déclaration des droits qui était potentiellement une source de litige considérable, et semblait à l'origine offrir à la Cour Suprême du Canada une occasion d'accroître son rôle, n'a pas produit le flot escompté de causes devant les cours" ("The supreme court of Canada : the quiet court in an unquiet country", *op. cit.*, p. 268).

- WEILER P.C. considère, quant à lui, "(...) qu'à travers toute la décennie 1960, la Déclaration est restée un "tigre de papier" dans nos cours", ("In the last resort - a critical study of the supreme court of Canada", *op. cit.*, p. 195).

- MARX H. constate qu' "(...) on peut difficilement dire que la Cour Suprême a fait de notre déclaration l'instrument auquel tant de canadiens rêvaient lorsqu'ils l'accrochèrent à leurs murs au début des années 1960", ("La déclaration canadienne des droits et l'affaire Drybones : perspectives nouvelles ?", R.J.T. 1970, p. 322).

(2) P.E. TRUDEAU remarquait à cet égard qu' "(...) il aurait peut-être été possible de donner à cette Déclaration une interprétation qui permette de modifier les lois antérieures mais les tribunaux ne l'ont jamais fait", ("Une Charte canadienne des droits de l'homme", *op. cit.*, p. 13).

(3) (1961) R.C.S. 70, p. 71.

(4) (1961) R.C.S. 376, p. 381.

lesquels le haut tribunal entérine des procédures arbitraires de déportation. Semblable attitude se perçoit aussi dans l'arrêt *Banks v. the Globe Mail Ltd et al.* (1) dans lequel la Cour refusait aux moyens d'information le droit d'invoquer le privilège de défense dans des poursuites en diffamation. A cet égard, estima le tribunal, si les organes d'information avaient un droit à publier des nouvelles ou des commentaires, ils ne devaient pas en abuser de quelque manière que ce soit.

Si d'autres décisions témoignent ainsi une certaine ambivalence de la Cour Suprême dans le domaine des libertés politiques, il convient, toutefois, de souligner que cette approche n'a pas été uniforme. De fait, dans certains litiges, la Cour devait montrer un réel souci de préserver la liberté d'expression.

1 - L'arrêt Brodie v. la Reine (2)

Cette affaire illustre la démarche traditionnelle de la Cour qui consiste à s'appuyer sur l'interprétation du partage des compétences pour protéger indirectement une liberté publique. Ainsi, en l'espèce, une courte majorité conclua que le roman de T.H. LAWRENCE : "L'amant de Lady Chatterley" n'était pas une publication obscène au sens de l'article 150 du Code criminel :

"Bien que le sexe soit une caractéristique dominante de l'ouvrage et bien que des passages isolés, lus séparément, exploitent excessivement le sexe, il ne m'apparaît pas que ces passages, lus comme partie de l'ensemble du livre, aient pour effet de faire de l'exploitation excessive qu'ils renferment une caractéristique dominante de la publication rapportée comme telle dans les dispositions de l'article 150(8) du Code criminel" (3).

2 - L'arrêt Oil Chemical and atomic workers international union v. Imperial Oil Ltd (4)

Cette décision reflète d'une manière significative le comportement

(1) (1961) R.C.S. 474.

(2) (1962) R.C.S. 681, jugement de 5 contre 4.

cf. *ibid.* : Procureur Général du Canada v. la Presse (1967) R.C.S. 60.

(3) Juge RICHTIE, p. 710. Ce n'est pas l'opinion du juge TASCHEREAU qui considère le livre comme obscène (cf. p. 629).

(4) (1963) R.C.S. 584, jugement de 4 à 3.

jurisprudentiel de la Cour Suprême en matière de libertés fondamentales dans les années 1960.

En l'espèce, le tribunal canadien avait à se prononcer sur la validité d'un amendement apporté à la Loi des relations ouvrières de la Colombie Britannique (1). Cet amendement stipulait qu'aucun syndicat ouvrier, bénéficiaire de cotisations syndicales, ne pouvait se servir de cet argent dans le but de favoriser un candidat ou un parti politique. Toutefois, l'amendement litigieux permettait au syndicat de percevoir des contributions électorales sur une base uniquement volontaire, en dehors des mécanismes prévus par la Loi des relations ouvrières.

A une faible majorité, la haute juridiction conclua à la validité de l'amendement contesté. Dans son raisonnement, la Cour avait considéré que la législature provinciale possédait pleine juridiction dans le domaine de la réglementation des relations de travail dans les entreprises de son ressort. A ce titre, elle disposait de tout pouvoir pour déterminer les conditions de reconnaissance syndicale et de négociation collective. Dès lors, la compétence provinciale inclue aussi le droit d'interdire les contributions financières syndicales à des fins politiques ou électorales sans l'autorisation exprimée explicitement par l'employé lui-même :

"Dans mon opinion, estime le juge MARTLAND, la loi dont on conteste la validité dans la présente instance ne prévoit rien d'autre que la contribution payée comme condition d'adhésion à une telle entité pour chaque employé, ne peut être dépensée pour une fin politique que le membre n'approuverait pas. Cet employé a été tenu de s'associer au syndicat ouvrier par une disposition statutaire. La même législature, conclue-t-il, qui lui a prescrit cette obligation, peut protéger ses droits si ils en édictant qu'il ne pourra être forcé de contribuer à la promotion financière d'idéologies politiques dont il ne partage pas le point de vue" (2).

Ainsi, pour la majorité de la Cour, l'essence même de la législation attaquée ne résidait non pas dans la limitation des libertés politiques, mais dans la protection des libertés syndicales qui relèvent de la juridiction provinciale (3). Une telle argumentation nous paraît contestable dans la mesure où elle occulte par une interprétation strictement legaliste, le fond du litige. A cet égard, le juge CARTWRIGHT, dans son opinion dissidente, soulignait avec justesse que la question essentielle, en la circonstance, était de savoir si une constitution parlementaire, à l'instar de celle du Canada, pouvait

(1) The Labour Relations Act - Amendment Act 1961 B. C., c. 31.

(2) p. 593.

(3) cf. GARANT P. : "La liberté religieuse et le droit positif québécois", op. cit., p. 373.

se concevoir sans un pluralisme d'expression. Or, pour ce dernier, l'invalidation de la législation litigieuse supprimait du même coup la liberté d'exprimer des opinions divergentes.

De fait, cet arrêt peut se lire de deux façons différentes. Sur le plan intrinséquement légal du partage des compétences, la Cour en reste à une interprétation traditionnelle : le critère matériel détermine le critère de validité.

Irréprochable au niveau de la technique juridique, cette approche nous semble vulnérable sur le plan de la finalité. En effet, la Cour Suprême gomme totalement de l'arrêt tout l'aspect relatif à l'atteinte à la liberté syndicale. C'est dire qu'en faisant prévaloir la "propriété et les droits civils" de la province sur les libertés civiles des individus, la haute juridiction s'engage dans une voie pour le moins critiquable au regard de la défense des libertés fondamentales :

"Dans ce pays, une activité de groupe est une forme normale et réaliste de participation. Lorsque la constitution est interprétée par la Cour Suprême du Canada comme ne garantissant pas le droit pour une grande partie de la communauté de s'engager dans une activité politique importante, il est temps de s'inquiéter" (1).

Se refusant à analyser au fond les implications indirectes qu'aurait entraînées l'invalidation de la loi sur l'activité syndicale, le haut tribunal s'est réfugié aussi derrière l'abri commode du critère de répartition des compétences pour justifier la validité de l'amendement. Quand on se rappelle la jurisprudence de la Cour Suprême des années 1950 en la matière, quand on sait l'existence d'une Déclaration des droits, une telle attitude jurisprudentielle a de quoi surprendre.

D'aucuns, à cet égard, ont trouvé quelque peu discutable l'argumentation simplificatrice du tribunal canadien consistant à faire l'amalgame entre les libertés politiques et les droits civils. Une telle "(...) forme de tautologie (...)" (2) ne peut qu'amener, en la circonstance, à étouffer gravement une des expressions premières de la liberté politique :

(1) BREWIN J.F. : "Oil chemical and Atomic workers international union v. Imperial Oil ltd and Attorney-General of British Columbia : the oil workers' case - civil liberties - political contributions from Union dues", U.T.F.L.R., 1964, vol. 22, p. 166-167.

(2) A.A.G. (sic) : "Oil chemical and atomic workers international union v. Imperial oil ltd (1963) S.C.R. 584", O.H.L.J., 1964-1965, vol. 3, p. 207.

"Il est inacceptable d'essayer de limiter le champ de l'activité syndicale afin de l'empêcher d'atteindre ses buts par des moyens politiques. (...) Cette législation est fatale pour l'activité politique syndicale" (1).

Les mobiles de ce retrait jurisprudentiel de la Cour dans le domaine des libertés politiques s'enracinent en grande partie dans des motivations humaines. En effet, dans un litige de cet ordre, il était presque inévitable que l'issue du jugement dépendrait, en dernière analyse "(...) de la conception personnelle que se faisaient les juges de l'action syndicale" (2). Or, le renouvellement de la Cour à la fin des années 1950 avait eu pour effet d'éloigner quelques-uns des juges les plus libéraux. Aussi est-il fort plausible, comme le suggèrent certains, que "ce changement dans la composition de la Cour ait pu avoir quelque rapport avec la décision de la Cour dans (cette) cause" (3).

3 - L'arrêt McKay et al. v. la Reine (4)

L'arrêt McKay fournit un exemple significatif de la difficulté de concilier le respect d'une liberté publique avec la sauvegarde des droits civils provinciaux.

En l'occurrence, la haute juridiction avait à se déterminer sur la validité d'un règlement municipal qui interdisait les annonces et l'affichage sur la propriété privée et par là-même pouvait affecter la propagande politique lors d'une élection fédérale.

Par une courte majorité, la Cour Suprême concluait qu'un tel règlement ne pouvait empêcher l'affichage de panneaux durant les élections fédérales. Parlant au nom de la Cour, le juge CARTWRIGHT justifiait ce choix en traçant la distinction entre un droit civil dévolu à un résident de la province et un droit dont on jouirait en tant que citoyen canadien :

"Il est clair que ce n'est pas un droit civil dans la province. C'est un droit joui par l'électeur non pas en tant que résident de l'Ontario mais en tant que citoyen du Canada" (5).

(1) Ibid., p. 209.

(2) BRUN H. & TREMBLAY G. : "Droit Public Fondamental, op.cit., p. 260.

(3) RUSSELL P.H. : "Leading constitutional decisions", 1973, op.cit., p. 233.

(4) (1965) R.C.S. 798. Jugement de 5 contre 4.

(5) p. 804.

Les juges minoritaires estimaient, de leur côté, que le règlement litigieux relevait exclusivement de la propriété et des droits civils de la province même si, incidemment, cette législation touchait à l'affichage relatif à une élection électorale. Certes, sur le plan des libertés fondamentales, la décision de la haute juridiction s'avère irréprochable mais il faudrait toutefois se demander si ce "(...) louable objectif (...) " (1) de protection de la liberté d'expression est atteint au détriment des prérogatives provinciales.

A cet égard, ce jugement éclaire, d'une manière significative, les dangers d'empiètement sur la juridiction provinciale qui peuvent découler de la défense de la liberté d'expression. Car même si, en la circonstance, "(...) la menace sur la compétence provinciale est au mieux seulement latente (...) " (2), elle n'en demeure pas moins réelle.

De fait, d'aucuns ont manifesté légitimement leur crainte face aux "(...) applications possibles d'une pareille décision" (3) dans d'autres domaines de compétence. On peut sur ce point s'interroger sur la nature de droits civils provinciaux qui échapperaient désormais à une législation de la province :

"La propriété et les droits civils dans la province (...) peuvent cependant s'apparenter à une ligne Maginot avec un flanc très exposé" (4).

C'est dire toute l'ambiguïté de l'arrêt McKay qui sous couvert de la sauvegarde de la liberté d'expression, porte indirectement atteinte à l'intégrité juridictionnelle provinciale.

B - La jurisprudence de la Cour en matière de libertés religieuses

Les quelques arrêts rendus par la Cour Suprême dans le domaine des libertés religieuses tranchent par leur réserve avec la jurisprudence des années 1950.

(1) WEILER P.C. : "The supreme court and the law of canadian federalism", op. cit., p. 351.

(2) LEIGH L.H. : "The supreme court and the canadian constitution", op. cit., p. 334.

(3) BROSSARD J. : "La Cour Suprême et la constitution - le forum constitutionnel du Canada", op. cit., p. 216.

(4) MIK J.W. : "Constitutional law - zoning by-law prohibiting signs on private property - applicability to federal election signs", O.H.L.J., 1965-1966, vol. 4, p. 310.

1 - L'arrêt Robertson & Rosetanni v. la Reine (1)

La décision rendue dans l'affaire Robertson & Rosetanni se révèle d'une grande signification dans la mesure où pour la première fois, le tribunal suprême canadien abordait, à travers "(...) une approche très timide et passive (...)" (2) les dispositions de la Déclaration des droits.

En la circonstance, la haute juridiction devait se prononcer sur la validité de l'accusation portée contre des personnes coupables d'avoir ouvert un commerce de quilles le dimanche contrairement aux dispositions de l'article 4 de la Loi sur le dimanche. Il se dégagait une forte majorité pour conclure que la liberté de religion ne saurait comprendre le droit pour un individu de travailler le dimanche même si le sabbat tombe pour lui un autre jour. Ainsi la Loi sur le dimanche n'entraîne aucune violation de la liberté de religion à l'égard de ceux qui respectent un jour de repos autre que le dimanche.

Parlant au nom de la Cour, le juge RICHTIE s'arrête à la seule prise en considération de l'effet de la Loi sur le dimanche pour récuser toute forme d'atteinte à la liberté religieuse :

"Mon opinion est qu'il faut considérer l'effet de la loi sur le dimanche plutôt que son but pour déterminer si son application entraîne la suppression, la diminution ou la transgression de la liberté de religion. Je ne puis rien trouver, dans cette loi, qui porte atteinte à la liberté de croyance et de pratique religieuse d'aucun citoyen de ce pays" (3).

Après avoir souligné que cette législation n'avait qu'un effet "(...) purement laïque et financier (...)" (4), le tribunal écartait implicitement toute hypothèse de conflit entre celle-ci et l'article 2 de la Déclaration des droits :

"En certains cas, c'est sans doute un inconvénient dans les affaires, mais il n'y a ni suppression, ni diminution, ni transgression de la liberté de religion. Le fait que cette situation résulte d'une loi adoptée dans le but de maintenir le caractère sacré du dimanche ne peut à mon avis s'interpréter comme donnant une

(1) (1963) R.C.S. 651, jugement de 4 contre 1.

(2) WEILER P.C. : "In the last resort : a critical study of the supreme court of Canada", op. cit., p. 195.

(3) p. 657.

(4) p. 657-658.

conséquence religieuse à un effet qui est purement laïque en autant qu'il concerne les non-chrétiens" (1).

A l'opposé de cette approche "(...) fondamentalement conservatrice" (2) de la Déclaration des droits, le juge CARTWRIGHT développe, dans sa dissidence solitaire, une augmentation remarquable par son ouverture.

Dans un premier temps, ce dernier s'attache à mettre en évidence le caractère anti-religieux de la législation litigieuse :

"A mon avis, estime-t-il, une loi qui, dans un but purement religieux, contraint à agir, en interdisant ou en obligeant, enfreint la liberté de religion. Une loi qui, pour des motifs purement religieux, interdit de poursuivre le dimanche une activité par ailleurs, diffère peut-être selon le degré mais non selon le genre d'une loi qui ordonne une conduite purement religieuse ce jour-là (...)" (3).

Dans un second temps, le juge en chef, dans la poursuite de son raisonnement, souligne ce qu'il considère comme une "(...) contradiction irréductible (...)" (4) entre les aspects discriminatoires de cette loi en matière de religion et les dispositions de la Déclaration canadienne des droits en ce domaine. Estimant à cet égard que le texte de 1960 "(...) doit s'appliquer à toutes les lois du Canada existant au moment où elle est entrée en vigueur de même qu'à celles qui sont édictées par la suite" (5), le juge CARTWRIGHT en conclue, par conséquent, que la législation présente ne saurait s'y soustraire.

La difficulté de cette affaire venait incontestablement du fait que la liberté de religion relevait d'un côté expressément de la Déclaration canadienne des droits mais, par ailleurs, constituait une matière qui constitutionnellement parlant, tombait dans le champ législatif fédéral. Or, pour résoudre le "(...) dilemme" (6) de déterminer si la loi sur le dimanche entraînait en conflit avec les dispositions de la Déclaration des droits concernant la liberté de religion, la Cour Suprême devait, au préalable, éclaircir d'autres questions.

(1) p. 658.

(2) RUSSELL P.H. : "Leading constitutional decisions", 1973, op. cit., p. 249.

(3) p. 660-661.

(4) p. 662.

(5) *ibid.*

(6) GODFREY S.J. : "Freedom of religion and the canadian Bill of Rights", U.T.F.L.R., 1964, vol. 22, p. 71.

Ainsi, il s'agissait d'abord de s'entendre sur la définition de "la liberté de religion", telle que stipulée à l'article 1(c) de la Déclaration. En outre, il y avait lieu, pour la Cour, de trouver le critère susceptible de déterminer si une "loi du Canada" entre en conflit avec la "liberté de religion" ainsi définie. Enfin dans l'hypothèse d'un conflit, l'effet de la Déclaration des droits devenait-il nul ou bien la loi du Canada était-elle jugée invalide ?

Cette dernière question s'avérait primordiale car en y apportant une réponse, la haute juridiction saisissait, par là même, l'occasion de situer précisément la portée juridique de la Déclaration des droits. Mais cette question resta malheureusement sans réponse :

"Du fait de ses positions en ce qui concerne la définition de la "liberté de religion" et l'absence de conflit entre la loi sur le dimanche et la Déclaration des droits, la Cour éluda la nécessité de décider lequel des deux statuts devait être déclaré inopérant" (1).

Ainsi, en se refusant ostensiblement à prendre clairement en considération les implications juridiques de la Déclaration des droits, la Cour Suprême adoptait une attitude pour le moins désinvolte à son endroit. "(...) Illustration de la faiblesse de la Déclaration canadienne des droits" (2), l'arrêt Robertson & Rosetanni apportait une fois encore la preuve de son apparente inutilité.

2 - L'arrêt Lieberman v. la Reine (3)

Cet arrêt traduit, à nouveau, une certaine conception restrictive du tribunal suprême dans le domaine de la défense des libertés religieuses. La Cour, en effet, jugea qu'un règlement municipal relatif à la fermeture des établissements n'avait pas pour objet d'interdire la profanation du sabbat :

"A mon avis, la simple addition des termes "ou le dimanche" à la fin de l'article 3 ne fournit pas une preuve suffisante pour justifier la conclusion que le règlement s'adresse à la prévention de la profanation du sabbat et qu'alors il excède les pouvoirs de l'autorité provinciale" (4).

(1) GODFREY S.J., *ibid.*, p. 75.

(2) LASKIN B. : "Freedom of religion and the Lord's Day Act - the canadian Bill of Rights and the Sunday Bowling case", R.B.C. 1964, vol. 42, p. 148.

(3) (1963) R.C.S. 643.

(4) Juge RICHTIE, p. 649-650.

Par conséquent, en l'absence de toute preuve véritable, la Cour conclue à la validité du règlement qui, selon elle, n'a été édicté que pour réglementer les heures de commerce (1).

On retrouve une semblable indifférence du haut tribunal pour les questions de libertés religieuses dans l'arrêt *Walter & Fletcher v. Procureur Général de l'Alberta* (2). En l'espèce, s'appuyant sur l'article 92(13) relatif à la propriété et les droits civils, la Cour Suprême valida une loi albertaine concernant l'acquisition et l'usage de terrains par des groupes religieux.

A cet égard, la Cour devait rejeter les objections de la secte religieuse des Hutterites. Celle-ci, en effet, estimait qu'une législation de cette nature était ultra vires de la compétence provinciale parce qu'elle mettait en cause le principe de la liberté religieuse. Ce à quoi la haute juridiction rétorquait naturellement que la loi litigieuse ne brimait nullement la liberté de religion mais réglementait uniquement la possession des terres.

C - La jurisprudence de la Cour en matière de libertés juridiques

Par rapport à la décennie 1950, l'on observe ce même tassement jurisprudentiel de la Cour Suprême dans le domaine de la protection des libertés juridiques.

1 - L'arrêt *Guay v. Lafleur* (3)

C'est une conception quelque peu restrictive de la règle "*audi alteram partem*" que la haute juridiction devait retenir en l'espèce. De fait, par une décision renversant la Cour d'appel du Québec, la Cour arriva à la conclusion que l'enquêteur Guay, agissant en vertu des dispositions de la loi de l'impôt, n'était pas tenu par la règle "*audi alteram partem*". Parce que ce dernier ne possédait aucun pouvoir de décision et comme, par ailleurs, l'audition n'avait pas de caractère judiciaire, le tribunal suprême estima,

(1) cf. p. 649. A cet égard, LYSYK K.M. remarque justement que la Cour Suprême n'avance aucun critère précis qui "(...) révélerait l'objet dominant d'une telle législation", ("*Constitutional aspects of sunday observance law : Lieberman v. the Queen*", U.B.C.L.R., 1964-1966, vol. 2, p. 68).

(2) (1969) R.C.S. 383.

(3) (1965) R.C.S. 12, jugement de 8 à 1.

par conséquent, que Lafleur ne pouvait se prévaloir du droit d'être présent à l'enquête et représenté par un avocat.

A l'appui de son raisonnement, la Cour soutenait, en effet, qu'il n'y avait rien d'illégal à ce qu'un officier dispose tout au long de son enquête purement administrative d'une grande latitude pour mener à bien ses investigations. En outre, les juges majoritaires rejetaient sans hésitation l'argument selon lequel l'article 2(e) de la Déclaration des droits obligeait Guay à procéder vis-à-vis de Lafleur "(...) à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale, pour la définition de ses droits et obligations" :

"(Le juge) apparaît avoir fondé principalement sa décision sur le motif qu'en refusant de permettre au répondant d'être présent et représenté par un avocat, l'appelant a enfreint les dispositions de la Déclaration canadienne des droits, en particulier l'article 2(e) (...). En ce qui concerne cet article, il est suffisant de dire qu'il ne peut pas avoir d'application puisque aucuns droits et obligations ne sont fixés par la personne désignée pour conduire l'enquête" (1).

Au regard de la stricte défense des libertés juridiques, ce jugement de la Cour nous semble fort critiquable. En effet, comme le souligne le juge HALL dans sa dissidence solitaire, en justifiant une attitude jurisprudentielle semblable, la Cour bafoue tout simplement le principe du droit de toute personne à bénéficier d'une enquête juste et impartiale.

Ce jugement s'avère d'autant plus contestable qu'il contredit ouvertement la Déclaration canadienne des droits qui encore une fois, malheureusement "(...) s'est révélé de peu de secours (...)" (2). A cet égard, l'arrêt Guay v. Lafleur témoigne d'un effritement préoccupant des libertés individuelles dans le domaine juridique. Aussi y a-t-il lieu de se demander si cette décision "(...) représente une tendance ou la valeur placée dans la liberté individuelle illimitée est en déclin (...)" (3).

(1) Juge ABBOTT, p. 15.

(2) MONTGOMERY G. : "Three recent decisions of the supreme court on the control of administrative bodies by the courts", McGill L.J., 1967, vol. 13, p. 212.

(3) MIK J. W. : "Income tax - investigation - inquiry by person authorized by Minister into the affairs of Taxpayer - whether Taxpayer entitled to be present and represented by counsel at hearings", O.H.L.J., 1965-1966, vol. 4, p. 349.

2 - L'arrêt O'Connor v. la Reine (1)

La Cour Suprême devait, à nouveau, justifier en fonction de circonstances particulières le refus à un accusé de prendre contact avec son avocat. Privilégiant, en l'espèce, l'application effective de la loi sur la prévention des pratiques arbitraires à l'encontre des individus, le juge RICHTIE écartait dans sa démonstration l'article 2(e) de la Déclaration des droits :

"Dans la présente cause, la preuve ne révèle pas, à mon avis, que les circonstances par lesquelles la police refusa "de permettre à l'accusé en état d'arrestation de contacter un avocat" étaient de nature à le priver en tout cas "du droit à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale" " (2).

Une argumentation de ce genre, toute empreinte de juridisme, ne pouvait qu'inévitablement décevoir les partisans d'une application véritable des dispositions de la Déclaration canadienne des droits (3).

Ainsi, la jurisprudence de la Cour Suprême quant à la protection des libertés juridiques est à l'image de son comportement général dans le domaine des libertés fondamentales durant les années 1960. Discerner les mobiles exacts de ce reflux jurisprudentiel s'avère malaisé. Aussi, peut-on, tout au plus, formuler quelques hypothèses.

Une des plus crédibles se fonde sur l'attitude de certains juges. Ceux-ci, de par leur personnalité, auraient entraîné dans le sillage de leurs convictions les autres membres de la Cour. Ainsi, en a-t-il été du juge RAND que beaucoup ont identifié avec justesse à la jurisprudence libérale de la Cour en matière de libertés publiques pendant la décennie 1950.

Son départ à la retraite en 1959 ne pouvait, dès lors, ne pas avoir de lourdes conséquences sur les orientations futures de la Cour sur ce plan. D'aucuns, à cet égard, avaient saisi intuitivement l'imminence de cette évolution ;

(1) (1966) R.C.S. 619.

(2) p. 628.

(3) DONNELLY B. veut espérer à cet égard que "(...) la Cour examinera les dispositions se rapportant à la Déclaration des droits et leur donnera une signification plus en accord avec leurs termes, les intentions des auteurs et avec les valeurs humaines de notre société", ("Criminal law - "full answer and defense" - civil rights - right to counsel", O.H.L.J., 1967, vol. 5, p. 59.)

"Du fait des récents changements dans la Cour, il n'est pas certain que de telles opinions aussi larges fondées sur les "postulats fondamentaux" d'une "société ouverte" ou sur une quelconque sorte de droit naturel, influenceront la Cour dans le futur" (1).

Cette mise en relief de l'incidence de la personnalité des juges dans le processus d'élaboration jurisprudentielle rejoint les réflexions d'autres auteurs. Ainsi GIBSON explique-t-il le bascul jurisprudentiel relatif de la haute juridiction dans le domaine des libertés par l'émergence de nouvelles personnalités au sein de la Cour : "Si, note-t-il, le juge RAND incarne l'esprit des années 1950, le juge Ronald MARTLAND semble avoir été le juge archétype des années 1960" (2).

Pourtant, loin d'être une fatalité, le tassement jurisprudentiel de la Cour Suprême dans les années 1960 et la défection de celle-ci à l'égard de la Déclaration canadienne des droits traduisent une réalité prévisible dans le contexte du fédéralisme canadien. Il conviendra, désormais, d'analyser dans quelle mesure cette réalité rend compte des limites de l'influence de la Cour Suprême en matière de libertés fondamentales.

(1) MacDONALD V.C. : "Legislative power and the supreme court in the fifties", op. cit., p. 19.

(2) GIBSON D. : "And one step backward : the supreme court and constitutional law in the sixties", op. cit., p. 633.

L'auteur émet une autre hypothèse basée sur le vieillissement des juges : l'âge moyen de la Cour serait plus élevé durant la décennie 1960 que lors des années 1950. Ceci expliquerait, selon lui, cette perte d' "(...) enthousiasme pour l'activisme judiciaire" (p. 635).

CHAPITRE II : LES LIMITES DE L'INFLUENCE DE LA COUR SUPREME EN MATIERE DE LIBERTES FONDAMENTALES

Les limites du rôle du haut tribunal canadien dans la protection des libertés publiques s'analysent à travers la place dévolue à la Déclaration canadienne des droits dans la structure fédérale du Canada.

A cet égard, les réticences de la Cour Suprême observées pendant les années 1960 vis-à-vis de la Déclaration des droits peuvent se justifier par des considérations d'ordre constitutionnel. Il s'agissait, en effet, pour les juges de la haute juridiction de trancher le dilemme suivant : ou bien ces derniers assimilaient sans plus la Déclaration à un simple statut inter-prétatif ; ou bien ils donnaient à ce texte une véritable prépondérance sur toute autre "loi du Canada" et par là-même sur d'éventuelles lois fédérales. C'était, dès lors, pour la Cour Suprême se reconnaître implicitement dans cette hypothèse un "judicial review" sur la législation fédérale.

A vrai dire, jusqu'à la fin des années 1960, le tribunal suprême canadien éluda explicitement ce choix en n'accordant que peu d'importance à la Déclaration. La Cour, durant cette période, s'était bornée à considérer le texte de 1960 uniquement comme une pièce de plus à verser au dossier des libertés fondamentales. Face à un texte aussi ambigu, les juges s'étaient réfugiés dans le mutisme et l'abstention. Une telle attitude pouvait, à cet égard, entériner indirectement le principe qui veut que la protection des libertés publiques relève essentiellement du Parlement : les tribunaux devant se cantonner dans un strict rôle d'interprétation. Par conséquent, le malaise éprouvé par le tribunal suprême face à la Déclaration pouvait s'expliquer par la volonté de celui-ci de ne pas se substituer au Parlement fédéral dans la défense des libertés publiques.

Seul, le juge en chef CARTWRIGHT, dans l'affaire Robertson & Rosetanni avait choisi le risque, en invoquant les dispositions de la Déclaration, de voir la Cour interférer avec le Parlement en ce domaine :

"C'est évidemment, note-t-il, au Parlement qu'il appartient de décider s'il y a lieu d'imposer, sous peine de sanctions pénales, certaines normes de conduite religieuse à toute la population. Mais en édictant la Déclaration canadienne des droits, il a transmis aux tribunaux la responsabilité de décider, chaque fois que

la question se pose, si cela enfreint la liberté de religion au Canada" (1).

En admettant ainsi que la Déclaration des droits impliquait un transfert implicite de juridiction de l'instance parlementaire à l'instance judiciaire, le juge CARTWRIGHT avait clairement pris ses responsabilités. Toutefois, derrière son opinion dissidente, le choix de la Cour demeurerait absent. De fait, on constate qu'au cours des années 1960, la haute juridiction ne s'est jamais réellement déterminée sur la valeur à attribuer à la Déclaration des droits.

Il fallut attendre le début des années 1970 pour assister à une profonde décantation de l'attitude de la Cour dans ses rapports avec la Déclaration des droits. Une série d'arrêts fondamentaux devaient, à cet égard, souligner les obstacles qui se rattachent à l'interprétation jurisprudentielle de la Déclaration canadienne des droits.

Aussi conviendra-t-il d'analyser l'expression de ces obstacles et par ailleurs leur fondement.

(1) Robertson & Rosetanni v. la Reine (1963) R.C.S. 651, p. 662.

SECTION I - L'EXPRESSION DES OBSTACLES RELATIFS A L'INTERPRETATION JURISPRUDENTIELLE DE LA DECLARATION DES DROITS

Le début des années 1970 aura incontestablement été marqué par les soubresauts jurisprudentiels de la Cour Suprême dans son interprétation de la Déclaration canadienne des droits. Révélant à cet égard les limites du rôle de la haute juridiction dans la protection des libertés fondamentales, une telle approche pour le moins mouvementée s'est développée essentiellement en trois phases : au coup d'éclat de l'affaire Drybones a succédé un repli jurisprudentiel de la Cour quant à l'interprétation à donner de la Déclaration dans l'arrêt Lavell suivi enfin d'une stabilisation de l'attitude du tribunal suprême avec l'arrêt Canard.

Paragraphe 1 - Le coup d'éclat de l'arrêt Drybones (1)

Décrite par certains comme "(...) l'arrêt du siècle (...)" (2), la décision rendue dans l'affaire Drybones constitue sans doute l' "(...) une des décisions les plus importantes de cette Cour dans l'histoire du droit constitutionnel canadien" (3). En effet, pour la première fois la Cour Suprême fondait son jugement sur les dispositions de la Déclaration canadienne des droits. En concluant à l'invalidation d'une loi fédérale jugée contraire au texte de 1960, la haute juridiction provoquait un véritable coup d'éclat jurisprudentiel dans les milieux juridiques et politiques. Après toute une période de

(1) (1970) R.C.S. 282. Jugement de 6 à 3.

(2) BRUN H. : "La décision dans Lavell où les bonds de la Cour Suprême", C.D. 1973, vol. 14, p. 542.

(3) SINCLAIR J.G. : "The Queen v. Drybones : the supreme court of Canada and the canadian Bill of Rights", O.H.L.J., 1970, vol. 8, p. 599.

- FOWLER D. qualifie l'arrêt Drybones de "(...) décision décisive (...)", ("The canadian Bill of Rights : a compromise between parliamentary and judicial supremacy", A.J.C.L., 1973, vol. 21, p. 723.

- SILVERMAN H.W. souligne que chez bon nombre de "(...) politiciens, professeurs et auteurs (...) la décision Drybones est monumentale, la plus importante dans toute l'histoire de la Cour Suprême du Canada (...)", ("Drybones : are they alive ?", C.R. 1970, vol. 10, p. 356).

cf. ibid. : LYON J.N. : "A progress report on the canadian Bill of Rights", D.L.J., 1976, vol. 3, p. 44.

cf. ibid. : LYSYK K. : "Annual survey of canadian law - Part I : constitutional law", O.L.R., 1971-1972, vol. 5, p. 139.

cf. ibid. : GRENIER B. : "Essai sur les applications judiciaires de la déclaration canadienne des droits", R.G.D. 1975, vol. 6, p. 79-80.

réserve et d'atermoiements, la Cour sautait enfin le pas en prenant clairement position sur la valeur de la Déclaration des droits (1). Il nous faudra dès lors analyser le contenu de la décision avant d'en mesurer la portée.

A - Le contenu de la décision

En l'espèce, un indien J. Drybones, avait été déclaré coupable de s'être trouvé en état d'ivresse en dehors des limites de la réserve indienne contrairement à l'article 94(b) de la Loi sur les Indiens. La juridiction d'appel avait cependant acquitté Drybones en estimant que l'article 94(b) devenait inopérant eu égard aux dispositions de l'article 2 de la Déclaration canadienne des droits. Par ailleurs, en qualifiant d'infraction une conduite imputée aux seuls Indiens, l'article 94(b) contrevenait directement à l'article 1(b) de la Déclaration qui stipule que tout individu a droit au Canada à l'égalité devant la loi.

A la surprise générale, la Cour Suprême maintint l'acquittement de Drybones. Le tribunal considéra, en effet, que la législation fédérale avait pour conséquence de "supprimer, restreindre ou enfreindre" le droit à l'égalité devant la loi tel que reconnu par la Déclaration et, dès lors, devenait invalide.

Affirmant que la Déclaration de 1960 ne saurait être réduite "(...) à n'être guère plus qu'une règle d'interprétation des lois fédérales" (2), le juge RICHTE, auquel la majorité se ralliait, devait prendre le contre-pied de "(...) l'aspect le plus conservateur de son jugement dans l'arrêt Robertson & Rosetanni (...)" (3). Après avoir rappelé, en effet, que le jugement rendu dans ce dernier arrêt n'impliquait nullement que la Déclaration des droits devait être considérée comme subordonnée aux lois fédérales en vigueur au moment de son adoption, le juge RICHTE ajoutait :

"L'affaire présentement devant nous démontre qu'il existe des lois du Canada qui suppriment, restreignent et enfreignent le droit d'un Indien à l'égalité devant la loi et à mon avis, afin d'appliquer ces lois en se conformant aux termes explicites employés par le Parlement à l'article 2 de la Déclaration des droits, il faut

(1) p. 293.

(2) RUSSELL P.H. : "Leading constitutional decisions", 1973, op. cit., p. 250.

(3) SCOTT F.R. : "(...) par la décision prise dans l'affaire Drybones, après une somnolence de 10 ans, tout à coup cette loi semble avoir plus de force", ("Témoignage devant le comité spécial mixte sur la constitution du Canada", Procès-verbaux, 1er décembre 1970, fascicule n° 17, p. 11).

déclarer que l'article 94(b) de la Loi sur les Indiens est inopérant" (1).

S'attachant, de son côté, à dégager le "(...) concept philosophique fondamental (...)" (2) sous-jacent à la Déclaration des droits, le juge HALL concluait :

"(cette déclaration) (...) n'a de valeur et n'a de sens que lorsque, sous réserve de l'unique exception énoncée à l'article 2, elle répudie dans chaque loi du Canada la discrimination en raison de la race, de l'origine nationale, de la couleur, de la religion ou du sexe à l'égard des droits de l'homme et des libertés fondamentales énoncées à l'article 1 (...)" (3).

Dans son opinion dissidente fort cohérente, le juge PIGEON s'oppose catégoriquement à une telle optique. Rien, souligne-t-il à cet égard, dans l'article 2 de la Déclaration, ne permet d'affirmer que le Parlement fédéral a voulu autoriser la Cour Suprême à déroger au droit existant et autoriser celle-ci à invalider des dispositions législatives fédérales :

"J'ai peine à croire, note-t-il, que le Parlement avait cette intention lorsqu'il a édicté la Déclaration. Si l'on entendait supprimer pratiquement la législation fédérale sur les Indiens, on devrait s'attendre à ce que ce changement important soit fait explicitement et non subrepticement, pour ainsi dire" (4).

En d'autres termes, raisonne le juge PIGEON, si le Parlement fédéral avait voulu que les libertés fondamentales relèvent à l'avenir du champ de compétence des tribunaux et de la Cour Suprême en particulier, il aurait fait part de son intention d'une manière beaucoup plus claire et plus expresse qu'il ne l'a manifesté dans la Déclaration des droits de 1960. Assimiler les dispositions de l'article 2 de la Déclaration à un transfert de compétence entre le législatif et le judiciaire remettrait radicalement en cause la nature du régime constitutionnel canadien. Aussi, le juge PIGEON récuse-t-il ce transfert. C'est une chose d'accorder à la Cour Suprême pleine juridiction pour interpréter une loi donnée ; c'en est une autre que de lui permettre d'invalider une telle loi.

(1) p. 298.

(2) p. 300.

(3) *ibid.*, p. 300.

(4) p. 304. Le juge PIGEON demeurerait ainsi fidèle à ses convictions : déjà, en 1959, il soulignait que la Déclaration des droits "(...) n'apporterait aucune restriction constitutionnelle du pouvoir législatif au Canada (...)", ("The Bill and the British North America Act", R.B.C. 1959, vol. 37, p. 70).

La dissidence du juge CARTWRIGHT apparut à beaucoup comme "(...) l'une des conversions les plus stupéfiantes jamais proclamée par un juge dans une décision judiciaire" (1). On se souvient, en effet, que ce dernier avait été le premier à conclure que la Déclaration des droits impliquait l'invalidation de toute loi fédérale incompatible avec ses dispositions.

Certainement conscient après coup d'avoir donné dans l'arrêt Robertson & Rosetanni, une interprétation fallacieuse du texte de 1960, le juge CARTWRIGHT, "(...) après avoir reconsidéré toute la question avec beaucoup de soin (...)" (2) justifiait ainsi sa volte-face jurisprudentielle :

"Je crois que dans le passage précité de mes motifs dans Robertson et Rosetanni v. la Reine, mon erreur a été de dire que la Déclaration exige des tribunaux qu'ils refusent d'appliquer toute loi du Canada qui enfreint effectivement un des droits ou libertés énoncés alors qu'au contraire (...) la Déclaration enjoint aux tribunaux d'appliquer une telle loi et non de refuser de l'appliquer" (3).

Tout en reconnaissant l'ambiguïté de la Déclaration des droits sur ce point, le juge ABBOTT estimait, en tout état de cause, que l'article 2 de la Déclaration n'envisageait pas explicitement une délégation de compétence législative à la Cour Suprême :

"L'interprétation de la Déclaration des droits qu'ont adoptée les tribunaux des Territoires implique nécessairement que le Parlement a délégué une partie importante de sa compétence législative aux tribunaux. Son pouvoir de le faire est incontestable mais, à mon avis, il faudrait que les termes employés soient des plus clairs pour prêter au Parlement l'intention d'adresser aux tribunaux une telle invitation à légiférer par le processus judiciaire" (4).

L'attitude adoptée par la haute juridiction canadienne dans l'arrêt Drybones ouvrait ainsi de nouvelles perspectives dans le domaine de la protection des libertés fondamentales.

(1) TARNOPOLSKY W.S. : "The canadian Bill of Rights from Diefenbaker to Drybones", McGill L.J., 1971, vol. 17, p. 448.

(2) p. 287.

(3) p. 288.

(4) p. 299.

B - La portée de la décision

Décision de grand retentissement, l'arrêt Drybones ne pouvait que susciter "(...) d'immenses espoirs chez ceux qui avaient hâte de voir les tribunaux canadiens dotés d'outils efficaces (...) pour leur permettre de contrôler dans une certaine mesure l'exercice de la fonction législative" (1). D'une manière générale, l'intérêt de la décision Drybones résidait dans les éclaircissements apportés par le haut tribunal sur les effets de la Déclaration canadienne des droits sur la législation fédérale.

De fait, en admettant le caractère coercitif des dispositions de la Déclaration de 1960 à l'encontre des lois fédérales, la Cour Suprême bousculait quelque peu l'ordre constitutionnel canadien. Car, en considérant dorénavant que la Cour Suprême portait des responsabilités dans la fixation du contenu et de la portée des libertés fondamentales, le jugement "(...) réalisait un transfert effectif de pouvoir de la législature aux cours" (2).

Un autre aspect novateur de l'arrêt Drybones concerne l'interprétation qui est avancée par la Cour du "droit de l'individu à l'égalité devant la loi (...)" tel que stipulé par l'article 1(b) de la Déclaration. Le juge RICHTIE donnait, à cet égard, du principe de "l'égalité devant la loi" une définition pour le moins ouverte :

"J'en conclus donc qu'une personne est privée de l'égalité devant la loi, si pour elle, à cause de sa race, un acte qui, pour ses concitoyens canadiens, n'est pas une infraction et n'appelle aucune sanction, devient une infraction punissable en justice" (3).

(1) BRUN H. & TREMBLAY G. : "Droit Public fondamental - Textes commentés", Les Presses de l'Université Laval, Québec, 1973, p. 618.

- BEAUDOIN G.A. considère, de son côté, qu' "il s'agit là, je crois, d'un changement fort important dans l'interprétation de la Déclaration canadienne des droits pour notre Cour Suprême", ("La Cour Suprême du Canada et la constitutionnalité des lois", op. cit., p. 195.

(2) - SINCLAIR J.G. : "The Queen v. Drybones : the supreme court of Canada and the canadian Bill of Rights", O.H. L.J., 1970, vol. 8, p. 607.

- SMITH J.C. estime à cet égard avec justesse : "La Reine v. Drybones marque le début d'un rôle nouveau et difficile pour la Cour Suprême du Canada, mais un rôle dans lequel la Cour dispose d'une bien plus grande possibilité que jamais auparavant d'utiliser les principes fondamentaux de justice et du droit incorporés dans la Déclaration des droits pour sauvegarder et enrichir les libertés et les droits de base du citoyen", ("Regina v. Drybones and equality before the law", R.B.C. 1971, vol. 49, p. 163).

(3) p. 297. Toutefois, le juge RICHTIE apportait une certaine restriction à cette ouverture en déclarant que "l'égalité devant la loi" (...) signifie au moins qu'un individu (...) ne doit pas être traité plus durement qu'un autre en vertu de la loi" (ibid.).

Ainsi, la haute juridiction écartait-elle la signification formelle de "l'égalité devant la loi" pour lui préférer une définition de fond. Rejetant l'aspect procédural du principe, l'arrêt Drybones consacrait par là-même "(...) un autre sens à l'égalité, qui se rapproche certainement plus de la conception égalitaire que de la rule of law" (1).

Certes, en se refusant d'assimiler la Déclaration des droits à une mesure purement interprétative mais à un texte susceptible d'invalidier une législation fédérale, la haute juridiction avait nettement résolu "(...) la question centrale (...) " (2) relative à l'impact de l'article 2 de la Déclaration. Toutefois, au-delà de cette prise de position de la Cour, les termes, pour le moins ambigus de cet article laissaient entier le problème de savoir ce que le Parlement avait envisagé quant aux lois fédérales incompatibles avec la Déclaration des droits.

L'incertitude (3) de cette disposition rendait malaisée la recherche de l'intention véritable du Parlement sur ce point. Si certains, à l'instar du juge PIGEON préféraient dans le doute s'abstenir, d'autres considéraient non sans logique que par le fait même où "(...) une telle clause existe, le parlement doit la respecter. Et s'il ne veut pas la respecter, il n'a qu'à l'abroger" (4). C'est dire, en définitive, que l'issue jurisprudentielle de l'affaire Drybones s'est jouée sur l'imprécision de la clause de l'article 2 de la Déclaration des droits.

En recourant implicitement à l'argument selon lequel si le Parlement fédéral avait voulu que la législation fédérale échappe au champ juridictionnel de la Déclaration, il n'avait qu'à le déclarer expressément, la Cour semble aussi justifier une décision prise en quelque sorte à contre-cœur. Tout laisse à croire, à cet égard, que le tribunal suprême canadien soucieux de fonder ce crime jurisprudentiel de lèse-Parlement ait voulu prouver sa bonne foi par une argumentation autant audacieuse que cohérente. De ce coup d'éclat jurisprudentiel commis un peu à l'improviste, le professeur TARNO-POLSKY écrivait :

"Dans l'arrêt Drybones, les juges de la Cour Suprême ont montré qu'ils pouvaient avoir été au sommet de la montagne, mais (...)

(1) SAMSON J. K. : "L'égalité devant la loi et la Cour Suprême : égalitarisme ou "rule of law" " C.D., 1975, vol. 16, p. 687.

(2) LEIGH L. H. : "The Indian Act, the supremacy of Parliament, and the equal protection of the laws", McGill L.J., 1970, vol. 16, p. 389.

(3) BOWLER W. F. : "The canadian Bill of Rights - S 94(b) Indian Act - irreconcilable conflict - equality before law - Regina v. Drybones", A.L.R. 1970, vol. 8, p. 618.

(4) BRUN H. & TREMBLAY G. : "Droit Public fondamental", op.cit., p.249.

qu'ils n'avaient pas encore vu la terre promise" (1).

La question restait justement de savoir si ces derniers voulaient toujours vraiment la voir.

Paragraphe 2 - Le repli de l'arrêt Lavell (2)

Nombre d'observateurs, à peine remis de leur surprise, se demandaient, à cet égard, si l'arrêt Drybones constituait réellement un tournant dans l'interprétation de la Déclaration des droits par la Cour Suprême ou s'il devait simplement être ramené à un accident jurisprudentiel. Certains, en la circonstance, demeuraient prudemment dans l'expectative, considérant "qu'en dépit de la décision Drybones, on ne peut encore prédire la large application de la Déclaration des droits" (3).

De fait, l'analyse de la jurisprudence postérieure à l'arrêt Drybones devait leur rendre raison. Car, loin de persévérer dans la voie jurisprudentielle tracée par la décision de 1970, la haute juridiction allait dans un premier temps procéder à une retraite jurisprudentielle en bon ordre pour rendre caduque dans un second temps les conclusions de l'arrêt Drybones dans l'affaire Lavell.

Il conviendra, dès lors, d'examiner les prémisses de la rupture avec la jurisprudence Drybones avant d'en mesurer les données à travers la décision Lavell.

A - Les prémisses de la rupture

Dans toute une série d'arrêts l'on va assister à un net désengagement du haut tribunal canadien par rapport à la décision Drybones. C'est, à cet égard, une déception certaine pour ceux qui s'attendaient à ce que la Cour consolide son ouverture jurisprudentielle de 1970. Toutefois même si de tels arrêts n'apportent aucune nouvelle invalidation de législation fédérale, ils

(1) TARNOPOLSKY W.S. : "The supreme court and the canadian Bill of Rights", R.B.C. 1975, vol. 53, p. 674.

(2) Procureur Général du Canada v. Lavell et al. (1974) R.C.S. 1349, jugement de 5 contre 4.

(3) TARNOPOLSKY W.S. : "The canadian Bill of Rights from Diefenbaker to Drybones", op. cit., p. 475.

témoignent, par leur référence à la Déclaration des droits, d'une importance indubitable sur le plan des libertés fondamentales.

Ainsi dans l'arrêt *Brownridge v. la Reine* (1), la Cour avait à se prononcer sur le regus de *Brownridge*, mis en état d'arrestation, de se soumettre au procédé de l'alcooltest avant de bénéficier "du droit de retenir et constituer un avocat sans délai (...)" (2). Il s'agissait, en substance, de déterminer si l'opposition de la police à la requête de *Brownridge* privait ce dernier d'un droit reconnu par la Déclaration de 1960. Par un jugement majoritaire, la haute juridiction conclua que le refus d'un tel droit constituait une "excuse raisonnable" pour ne pas subir l'alcooltest :

"Compte tenu des dispositions de la Déclaration des droits, l'art. 223(2) du Code criminel doit être interprété et appliqué en ce sens, de sorte qu'à moins qu'il ne soit apparent qu'un accusé ne revendique pas de bonne foi son droit à un avocat, mais uniquement dans l'intention d'entraîner du retard ou pour quelque autre raison illégitime, la négation de ce droit fournit une "excuse raisonnable" de ne pas fournir l'échantillon d'haleine tel que prescrit par l'article" (3).

Sans conteste, à travers ce jugement, la Cour Suprême entérinait la reconnaissance pour tout individu du droit de consulter un avocat. Cependant, au-delà de cette interprétation libérale de l'article 2(c)(ii) de la Déclaration, d'aucuns n'ont pas manqué de regretter que "(...) la Cour Suprême (n'ait) pas réussi à prendre une attitude ferme" (4) sur les implications de cette reconnaissance. De fait, la Cour Suprême reste muette sur le problème de savoir si une personne a le droit de consulter un avocat avant de se soumettre à un alcooltest. Que cet oubli soit volontaire ou non, en tout état de cause, "(...) il n'est pas normal que le jugement ne soit pas plus clair sur un point aussi important" (5).

Cependant, dans la décision *Curr v. la Reine* (6), la Cour Suprême

(1) (1972) R.C.S. 926 - 3 dissidences.

(2) Article 2(c)(ii) de la Déclaration canadienne des droits.

(3) Juge RICHTIE, p. 932.

(4) ENTICKNAP S.L. : "Civil rights - right to counsel - canadian Bill of Rights", S 2(c)(ii) - charge of refusing to supply breath sample", S.L.R., 1971-1973, vol. 36-37, p. 305.

(5) CHEVRETTE F. & MARX H. : "Libertés publiques", Chronique, R.B., 1972, vol. 32, p. 448.
cf. *ibid.* : TAPPER R. : "Brownridge v. the Queen : enigma or anathema ?", M.L.J., 1972-1973, vol. 5, p. 464.

(6) (1972) R.C.S. 889.

donnait à la protection contre l'auto-accusation une interprétation beaucoup plus restrictive. En effet, le tribunal canadien estima que les dispositions du Code criminel autorisant un agent de paix à obliger toute personne à subir un alcooltest ne contrevenaient pas avec l'article 2(d) (1) de la Déclaration des droits :

"De fait, de mon interprétation de l'art. 2(d), il découle que l'obligation de fournir un échantillon d'haleine et la présentation de l'analyse en preuve (si elle est régulièrement prévue) et, subsidiairement, l'établissement d'une sanction pour refus injustifié de fournir l'échantillon d'haleine ne peuvent pas être valablement contestés en vertu de cette disposition de la Déclaration canadienne des droits" (2).

Quant à la prétention du requérant de se prévaloir du droit "(...) à la sécurité de (sa) personne (...) et le droit de ne s'en voir privé que par l'application régulière de la loi" (3), le juge en chef LASKIN rétorquait en termes sybillins :

"Sans doute, les termes généraux de l'article 1(a) peuvent évoquer des matières, autre que la protection contre l'auto-accusation, contre lesquelles on peut demander la protection de cet article, quand ces matières ne sont pas spécifiées ailleurs dans la Déclaration canadienne des droits. Je ne me propose pas de faire des conjonctures à leur sujet ; elles feront peut-être un jour l'objet d'une discussion (...) " (4).

D'évidence, ce repli jurisprudentiel de la haute juridiction vis-à-vis de la jurisprudence Drybones se perçoit aisément dans l'arrêt *Smythe v. la Reine* (5). Dans cette affaire, la Cour avait à déterminer si l'article 132 de la Loi de l'impôt sur le revenu autorisant le Procureur Général de procéder soit par voie de mise en accusation, soit par voie de déclaration sommaire de culpabilité, entraînait en conflit avec "le droit de l'individu à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi" (6).

(1) La Déclaration des droits interdit à toute autorité de "(...) contraindre une personne à témoigner si on lui refuse le secours d'un avocat, la protection contre son propre témoignage ou l'exercice de toute garantie d'ordre constitutionnel".

(2) Juge en chef LASKIN, p. 912.

(3) Article 1(a) de la Déclaration.

(4) p. 913.

(5) (1971) R.C.S. 680.

(6) Article 1(b) de la Déclaration des droits.

Dans ses conclusions, le haut tribunal estima qu'une discrétion administrative de cette nature ne violait aucunement cette disposition de la Déclaration des droits puisque ce pouvoir discrétionnaire faisait partie intégrante de la conception britannique et canadienne de l'égalité devant la loi. A cet égard, le juge FAUTEUX, après avoir souligné que cette mesure n'était nullement "(...) discriminatoire (...)" (1) déclarait :

"(...) avant l'adoption de la Déclaration canadienne des droits, le pouvoir discrétionnaire du procureur général de choisir le mode de poursuite qu'il jugeait approprié faisait partie de la conception britannique et canadienne de l'égalité devant la loi. Je ne puis déduire, conclue-t-il, des dispositions de la Déclaration canadienne des droits d'indication que le Parlement ait eu une optique différente ou l'intention de déroger au droit existant à cet égard de façon si radicale" (2).

En déniait ainsi à l'appelant le droit de se prévaloir des dispositions de la Déclaration relatives à l'égalité devant la loi, la Cour Suprême reculait singulièrement par rapport à l'arrêt Drybones :

"Cette opinion, commente le professeur MARX, coïncide admirablement bien avec les dissidences de l'affaire Drybones et en fait, elle pourrait faire perdre beaucoup de portée à cette dernière décision" (3).

De fait entre l'interprétation libérale du juge RICHTIE du principe de l'égalité devant la loi et celle pour le moins étroite avancée dans cette décision, la rupture jurisprudentielle était implicitement consommée.

Avec l'arrêt *Reine v. Appleby* (4), la Cour Suprême devait, par ailleurs, préciser son interprétation du principe de la présomption d'innocence tel que défini par la Déclaration canadienne des droits (5). Tout en admet-

(1) p. 687.

(2) p. 686.

(3) MARX H. : "La déclaration canadienne des droits et l'affaire Drybones : perspectives nouvelles ?", R.J.T., 1970, p. 315.

- CHEVRETTE F. & MARX H. remarquent par ailleurs que "(...) le jugement pourtant dissident du juge PIGEON dans Drybones réalise le surprenant prodige de rallier cette fois l'unanimité de la Cour", ("Libertés publiques", chronique, R.B., 1972, vol. 32, p. 64).

(4) (1972) R.C.S. 303.

(5) L'article 2(f) de la Déclaration reconnaît le "(...) droit à la présomption d'innocence jusqu'à ce que la preuve de sa culpabilité ait été établie en conformité avec la loi (...)".

tant qu'un tel droit implique que le fardeau de la preuve incombe au Ministère Public, le tribunal suprême ajoutait :

"Si le prévenu ne peut pas convaincre la Cour, la présomption légale l'emporte et il est alors coupable d'une infraction en vertu de l'art. 222, mais s'il peut présenter la preuve requise, il doit être acquitté" (1).

C'était, de toute évidence, concevoir le droit à la présomption dans une optique quelque peu restrictive (2). Il n'en est que pour preuve la définition de la présomption d'innocence avancée par le juge en chef LASKIN :

"Il serait étrange, en effet, de considérer la présomption d'innocence comme donnant au prévenu le droit de refuser de répondre à la preuve présentée contre lui sans accepter les conséquences résultant d'une déclaration de culpabilité éventuelle prononcée contre lui" (3).

A cet égard, conclue-t-il, une loi peut requérir une déclaration de culpabilité s'il existe "(...) un doute raisonnable (...)" (4) quant à la culpabilité.

Ainsi, loin d'avoir contribué à la consolidation de la jurisprudence Drybones, ces diverses décisions (5) laissent transparaître un certain flou, voire un relâchement sensible dans l'application de la Déclaration canadienne des droits par la Cour Suprême. De fait, sans aller jusqu'à les ignorer délibérément, la haute juridiction a répugné à considérer au cours de la période "post-Drybonienne" les dispositions de la Déclaration comme parole d'Evangile.

(1) Juge RICHTIE, p. 316.

(2) cf. - MANDEL M. : "The presumption of innocence and the canadian Bill of Rights : regina v. Appelby", O.H.L.J. 1972, vol. 10, p. 450.

- BLACK W.W. : "Evidence, burden of proff - reverse onus clause, canadian Bill of Rights - presumption of innocence : R. v. Appelby", U.B.C.L.R., 1972-1973, vol. 7-8, p. 107.

- SMITH G.A. : "Reverse onus clauses - burden of proof - Bill of Rights S.2(f)", S.L.R., 1971-1973, vol. 36-37, p. 117.

(3) p. 317.

(4) Ibid.

(5) Il faut citer, à cet égard, l'arrêt *Duke v. la Reine* (1972) R.C.S. 917 dans lequel la Cour développe une conception restrictive du "droit à une audition impartiale (...)" tel que défini par l'article 2(e) de la Déclaration des droits.

Cependant, si ces différents arrêts n'apportent aucun affermissement à la décision Drybones, ils ne l'infirmement pas pour autant (1). Hésitante, partagée sur l'interprétation définitive à donner de la Déclaration de 1960, le tribunal suprême semble s'être retiré dans l'expectative. Jugement en sur-sis, le sort de l'arrêt Drybones ne pouvait être indéfiniment suspendu. En rompant sans ambiguïté, par la décision Lavell, avec sa jurisprudence de 1970, la Cour Suprême sortait de l'indécision.

B - Les données de la rupture

En ruinant les attentes nourries par la jurisprudence Drybones, la décision rendue par la Cour Suprême dans l'affaire Lavell fit un "(...) bruit considérable (...)" (2) et sema "(...) la consternation (...)" (3) dans les milieux juridiques. En se détournant ainsi de "(...) l'attitude agressive adoptée dans Drybones" (4), la haute juridiction revenait, au grand soulagement de certains, à une interprétation plus traditionnelle de la Déclaration. A cet égard, bien qu'il soit "(...) hâtif et mal considéré de soutenir que la décision Lavell sonne le glas de la Déclaration canadienne des droits (...)" (5), cet arrêt marque, à tout le moins, une sévère restriction de sa portée. Il s'agira, dès lors, d'analyser d'une part les motifs de l'arrêt et d'autre part de nous attarder sur ses conséquences.

(1) SAMSON J.K. notant qu'aucun des arrêts postérieurs à la décision Drybones reconnaît l'incompatibilité entre une loi fédérale et la Déclaration, en conclue que cet arrêt "(...) semble donc devoir demeurer décisif à cet égard", ("La déclaration canadienne des droits : une interprétation nouvelle ?", C.D. 1973, vol. 14, p. 363).

(2) BEAUDOIN G.A. : "La Cour Suprême et la protection des droits fondamentaux", op. cit., p. 699.

cf. BRUN H. voit dans cette décision "(...) un renversement brutal de jurisprudence dans le sens d'une diminution très importante du pouvoir de contrôle des tribunaux sur la législation fédérale attentatoire aux libertés affirmées dans la Déclaration canadienne des droits", ("La décision dans Lavell ou les bonds de la Cour Suprême", C.D. 1973, vol. 14, p. 553).

(3) McDONALD P.N. : "Equality before the law and the Indian Act : in defence of the supreme court", D.L.J. 1977, vol. 3, p. 749.

(4) M'GONIGLE R.M. : "The Bill of Rights and the indian Act : either ? or?" A.L.R., 1977, vol. 15, p. 293.

(5) COHEN S.A. : "Attorney-General of Canada v. Lavell ; Isaac et al. vs Bedard (1973) 23 CRNS 197", M.B.N., 1970-1974, vol. 38-39, p. 199.

cf. ibid. : SANDERS D.E. : "Indian Act, status of indian woman on marriage to person without indian status", S.L.R., 1973-1975, vol. 38-39, p. 242.

- DRIEDGER E.A. : "The canadian Bill of Rights and the Lavell case : a possible solution", O.L.R. 1973-1974, vol. 6, p. 620.

1 - Les motifs de l'arrêt

La Cour avait, en l'espèce, à déterminer si l'article 12(1)(b) (1) de la Loi sur les Indiens prévoyant qu'une indienne perdait ses droits d'indienne et par conséquent ne pouvait continuer à vivre dans la réserve si elle se mariait avec un non indien, contrevenait au préambule de l'article 1 de la Déclaration des droits (2). En d'autres termes, les dispositions de cette législation fédérale instituaient-elles une quelconque forme de discrimination sexuelle ?

On aurait pu être enclin à le penser dans la mesure où tout caractère de discrimination raciale avait été condamné par la haute juridiction dans l'affaire Drybones. Or, contre toute attente, la majorité de la Cour se prononça pour la validité de la Loi.

Ainsi, dans son argumentation, le juge RICHTIE observe que la Déclaration des droits ne saurait avoir pour effet de rendre invalide une législation adoptée par le Parlement du Canada dans la plénitude de ses devoirs constitutionnels en vertu de l'article 91(24) (3) de l'A.A.N.B. de 1867. Après avoir envisagé la question de savoir si cette Déclaration devait être interprétée dans le but d'invalidier une des conditions exigées par le Parlement en matière d'usage et d'occupation des terres de la couronne réservées aux Indiens, le juge RICHTIE déclare :

"Ces conditions (...) ont donc été prescrites dans l'exercice des fonctions constitutionnelles du Parlement en vertu du paragraphe (24) de l'article 91 et, à mon avis, seule une disposition législative claire expressément adoptée à cette fin pourrait les changer. Il ne semble pas, ajoute-t-il, que l'on puisse supposer que le Parlement a fait, ou avait l'intention de faire, pareil changement par l'emploi de termes généraux visant à proclamer statutairement les droits et libertés fondamentales dont jouissent tous les Canadiens, et je suis donc d'avis que la Déclaration des droits n'a pas eu d'effet semblable" (4).

(1) Loi sur les Indiens, 1970 S.R.C. ch. I-6 :

Art. 12(1) : - Les personnes suivantes n'ont pas le droit d'être inscrites, savoir :

(b) : - une femme qui a épousé un non-Indien, sauf si cette femme devient subséquemment l'épouse ou la veuve d'une personne décrite à l'article 11.

(2) L'article 1 dans son préambule reconnaît "(...) les droits de l'homme et les libertés fondamentales (...) pour tout individu au Canada quels que soient (...) son sexe (...)".

(3) L'article 91(24) stipule que le Parlement fédéral exerce pleine juridiction sur "les Indiens et les terres réservées aux Indiens".

(4) p. 1360.

Par ailleurs, ce dernier estime que la Déclaration des droits n'a pour seul objet que de protéger les droits et les libertés reconnus et déclarés pour tous les Canadiens. Ainsi l'invalidation d'une législation fédérale ne saurait être admise "(...) sauf si l'un des droits et libertés énumérés a été refusé à un Canadien en particulier ou à un groupe de Canadiens" (1).

Parlant au nom de la forte minorité, le juge en chef LASKIN admet que le Parlement fédéral dispose d'une pleine compétence pour légiférer en matières indiennes conformément à l'article 91(24) de la constitution. En revanche, au terme d'une démonstration "(...) d'une logique si rigoureuse qu'elle emporte plus aisément l'adhésion" (2), ce dernier affirme que "le traitement discriminatoire fondé sur la race, la couleur ou le sexe n'est pas compris dans l'attribution de ce pouvoir législatif" (3). Ainsi, la législation fédérale litigieuse enfreint-elle les dispositions de la Déclaration des droits et par là-même doit être déclarée invalide.

Le juge en chef en est d'autant plus convaincu qu'à son avis, la similitude des litiges Lavell et Drybones ne fait aucun doute. Dès lors, à moins de tomber dans l'incohérence jurisprudentielle, la Cour Suprême ne saurait renier maintenant ce qu'elle a clairement proclamé dans le passé :

"(...) sur la question centrale de la discrimination prohibée cataloguée dans l'article 1 de la Déclaration canadienne des droits, il est, à mon avis, impossible de considérer l'affaire Drybones comme différente des deux affaires en appel. Si comme, poursuit-il, dans l'affaire Drybones, la discrimination en raison de la race rend certaines dispositions législatives inopérantes, le même résultat doit s'ensuivre quant aux dispositions législatives qui dénotent de la discrimination en raison du sexe" (4).

2 - Les conséquences de l'arrêt

Le réel "(...) frisson d'affrontement (...)" (5) qui s'est manifesté au sein du haut tribunal dans cette cause n'a pas empêché les dernières illusions entretenues par la jurisprudence Drybones de s'évanouir à jamais. En effet, les conclusions auxquelles aboutit la Cour Suprême, en l'espèce, font

(1) p. 1364.

(2) SAMSON J.K. : "La déclaration canadienne des droits : une interprétation nouvelle ?" op. cit., p. 359.

(3) p. 1389.

(4) p. 1375.

(5) COHEN S.A. : "Attorney-General of Canada v. Lavell ; Isaac et al. vs Bedard (1973) 23 CRNS 197", op. cit., p. 199.

de l'arrêt Lavell une décision anti-Drybones. Cette réaction jurisprudentielle peut s'analyser en deux aspects étroitement liés. D'une part, le jugement Lavell a pour conséquence de restreindre considérablement la portée de la Déclaration canadienne des droits ; d'autre part il dégage une interprétation sinon étroite du moins restrictive du principe de l'égalité devant la loi :

"De toute façon, la décision va forcer les cours à réexaminer le lien qui avait été développé après Drybones entre l'égalité devant la loi et le préambule de l'article 1 de la Déclaration des droits" (1).

On ne peut, en la circonstance, que difficilement cacher son désappointement face à ce brusque repli de la jurisprudence de la Cour dans son interprétation de la Déclaration des droits. Ainsi, en attribuant aucune valeur obligatoire à l'interdiction de toute forme de discrimination telle que stipulée à l'alinéa introductif de l'article 1, la haute Cour vidait le texte de 1960 de l'essentiel de son contenu. Car, pour beaucoup, l'arrêt Lavell "(...) s'il n'enlève pas toute utilité à la Déclaration canadienne des droits, est de nature à diminuer considérablement son efficacité" (2).

Tout le monde, à cet égard, s'accorde à reconnaître que cette décision jurisprudentielle souligne "(...) la conclusion selon laquelle la Cour Suprême ne veut pas étendre la notion de discrimination au-delà du motif de la race" (3). D'aucuns vont même plus loin jusqu'à mettre en évidence l'incapacité désormais complète de la Déclaration des droits à prévenir voire à réprimer tout acte discriminatoire :

"(...) L'arrêt Lavell (...) a indiqué les limitations de la Déclaration des droits en matière de défense des femmes contre la

(1) McLAUGHLIN R.N. : "R. v. Smythe - the canadian Bill of Rights - equality before the law - the meaning of discrimination", R.B.C. 1973, vol. 51, p. 523.

(2) MARX H. & CHEVRETTE F. : "Libertés publiques", Chronique, R.B. 1973, vol. 33, p. 557.

cf. MACKENZIE J.A. : "Dans l'arrêt Lavell, la majorité refusa d'appliquer la Déclaration des droits même comme une règle d'interprétation (...). En résumé, la décision réfute le concept de l'égalité sexuelle sous la Déclaration des droits, nonobstant la garantie expresse", ("Constitutional Law", O.L.R. 1975, vol. 7, p. 144).

cf. *ibid.* : RATUSHINY Ed. : "Defense counsel and the canadian Bill of Rights", C.R. 1973, vol. 23, p. 271.

- SANDERS D.E. : "The Indian Act and the Bill of Rights", O.L.R., 1973-1974, vol. 6, p. 397.

(3) McLAUGHLIN R.N., *ibid.*, p. 523.

cf. SANDERS D.E. : "Indian women : a brief history of their roles and rights", McGill L.J. 1975, vol. 21, p. 656.

discrimination. Les limitations apportées à la Déclaration dans la décision Lavell n'étaient pas seulement des limitations quant à la protection des femmes vis-à-vis de la discrimination, mais aussi bien des limitations en matière de défense contre la discrimination en raison de la race, de l'origine nationale et de la couleur" (1).

Jugement décevant pour les uns, "(...) faible réponse (...)" (2) aux nombreuses attentes de l'opinion dans ce domaine pour les autres, l'arrêt Lavell ponctue, en tout état de cause, une certaine démission de la haute juridiction canadienne face à ses devoirs de sauvegarde des libertés fondamentales.

Faut-il pour autant jeter la pierre à la Cour Suprême ? Ce serait là un geste excessif dans la mesure où la décision Lavell reste dans ses principales articulations pour le moins ambiguë (3). Certains, à l'instar du professeur TARNOPOLSKY, déplorent le caractère trop radical des critiques sur l'arrêt. S'arrêtant à une attitude plus nuancée, ce dernier accorde à ce jugement les circonstances atténuantes. Cette discontinuité jurisprudentielle illustrée par la décision Lavell se justifierait, selon lui, par le fait que "(...) la Cour Suprême s'aventure dans de nouveaux domaines et avec une Déclaration des droits qui aurait pu être rédigée plus précisément" (4). Dès lors, c'est avant tout à la Cour Suprême qu'il revient le soin de décider de son orientation jurisprudentielle.

Un tel regard sur le comportement de la haute juridiction, aussi fondé qu'il soit, ne saurait assurément dissiper le pessimisme ambiant face à une dégradation jurisprudentielle de cette nature :

"En l'espace de trois années, de Drybones à Lavell, la Déclaration des droits est tombée du sommet élevé d'une grande attente soudainement dans un ravin escarpé voisin de l'oubli. Est-ce que le grand idéalisme apparu en 1960 et sanctifié dans Drybones peut-il être ressuscité ?" (5).

(1) MATAS D. : "Indian women's rights", M. L. J., 1974-1975, vol. 6, p. 208.

(2) HOGG P. W. : "The canadian Bill of Rights - "equality before the law" - A. C. Can. v. Lavell", R. B. C. 1974, vol. 52, p. 263.

(3) Dans l'arrêt Procureur Général du Canada et al. v. Canard et al. (1976) R. C. S. 170, la Cour notait : "Compte tenu des avis partagés dans Lavell, il est difficile, admettons-le, si c'est possible, d'énoncer la ratio decidendi de l'arrêt" (p. 206).

cf. ibid. LASKIN J. I. : "Il n'est pas facile de distiller la ratio de Lavell (...)" ("Canadian Constitutional Law" (LASKIN B.) 1975, 4 ed. révisée, p. 900-28).

(4) TARNOPOLSKY W. S. : "The canadian Bill of Rights", ed. 1975, op. cit., p. 150.

(5) HALL E. M. : "Freedom under the law", L. S. G. 1975, vol. 9, p. 102.

Une non moins amère désillusion de l'arrêt Lavell se rattache à la signification apportée par les juges majoritaires au principe de "l'égalité devant la loi". D'aucuns ont, à cet égard, justement remarqué que cette décision marquait "(...) un tournant dans l'interprétation par la Cour Suprême de la notion d'égalité devant la loi" (1). C'est, en effet, sur une conception pour le moins formelle de ce principe que le juge RICHTIE fondait son argumentation :

"(...) à mon avis, l'expression "égalité devant la loi" qui figure à l'article 1, alinéa b) de la Déclaration des droits, doit être traitée comme signifiant égalité dans l'administration ou l'application de la loi par les fonctionnaires chargés de son application et par les tribunaux ordinaires du pays. (...) (Les dispositions de la Déclaration) (...) indiquent clairement, selon moi, que c'est l'égalité dans l'administration et l'application de la loi qui était la préoccupation du Parlement lorsqu'il a garanti que se continuerait l'existence de "l'égalité devant la loi" (2).

Fermant, en la matière, l'ouverture de la jurisprudence Drybones, cette approche aussi restrictive du principe de "l'égalité devant la loi" ne pouvait que déclencher une légitime protestation :

"(...) cette interprétation ignore totalement la juxtaposition de la clause de "l'égalité devant la loi" avec la clause de non discrimination au début du paragraphe de l'article 1. Deuxièmement, elle ignore le fait que dès 1960, le Canada avait signé la Déclaration universelle des droits de l'homme (...) et que dès 1960, la plupart des provinces du Canada avaient édicté une législation anti-discriminatoire. Tout cela indique que même si on acceptait l'assertion du juge RICHTIE qui appréhende la clause comme elle était comprise au Canada en 1960, son aspect égalitaire ne pouvait pas être ignoré" (3).

(1) SAMSON J.K. : "L'égalité devant la loi et la Cour Suprême : égalitarisme ou "rule of law" ", op. cit., p. 680.

cf. KELLY I.F. : "(...) le litige le plus important et certainement le plus controversé impliquant la Déclaration canadienne des droits s'est centré autour de la prétendue violation de l'égalité devant la loi (...)", ("The Bill of Rights, the Indian Act, and equality before the law : the need for, and the development of a reasonableness test", Q. L. J., 1974, vol. 2, p. 151).

(2) p. 1360 et 1364.

(3) TARNOPOLSKY W.S. : "The supreme court and the canadian Bill of Rights", op. cit., p. 666-667.

cf. ibid. : McLAUGHLIN R.N. : "Après Lavell, alors, que peut-on dire de "l'égalité devant la loi" une fois qu'on a dit que cela signifie l'application égale des lois comme elles existent ?", ("The Attorney General of Canada v. Lavell and equality before the law", C.L.J. 1973, vol. 21, p. 285).

Une contestation aussi sévère de l'interprétation étroite donnée par la majorité de la Cour à ce principe recoupe clairement, à cet égard, la dissidence du juge en chef LASKIN. Celui-ci, en effet, justifie une conception sensiblement plus extensive de la notion en considérant comme indissociables le préambule et l'alinéa b de l'article 1 de la Déclaration des droits (1).

Evacuant, ainsi, tout l'aspect égalitaire du principe, la haute juridiction ramène sans ménagement "l'égalité devant la loi" au rang de la stricte application de la loi pour tous. Désormais, loin d'identifier cette notion à l'idée selon laquelle toutes les personnes doivent être traitées d'une manière égale sous les lois d'un pays, la Cour Suprême assimile "l'égalité devant la loi" au principe qui veut que toutes les personnes soient liées également par de telles lois. En d'autres termes, la loi est la même pour tous et aucune règle ne saurait y déroger.

Sans conteste, c'est bien là une "(...) vue extraordinaire (...)" (2) dans la mesure où la Cour "(...) semble avoir réduit sa notion d'égalité devant la loi au concept bien plus étroit encore de la règle de droit" (3). Proclamer dorénavant que "l'égalité devant la loi" doit signifier simplement la soumission à la loi relève certainement d'une attitude irréaliste voire aberrante. Car jamais personne depuis le vote de la Déclaration des droits n'était allé jusqu'à percevoir dans l'article 1 (b) la traduction normale de la règle de droit. Une telle hérésie jurisprudentielle ne pouvait que plonger dans la stupeur le commun des juristes ! :

"L'écart vis-à-vis de la compréhension courante quant à la signification de l'égalité est si profond que l'on a besoin de voir l'idée exprimée deux fois avant d'être sûr que cela est dit sérieusement" (4).

(1) Le juge en chef déclare : "Je ne crois pas qu'il soit possible de passer par-dessus les termes décisifs de l'article 1 (...) aux fins de justifier une discrimination fondée sur un de ces critères en invoquant les termes "égalité devant la loi" de la clause b) (...)" (p. 1387).

Ce dernier ne faisait que reprendre son argumentation développée dans l'arrêt Curr : "(...) une loi fédérale qui ne viole par l'article 1 en ce qui concerne l'un ou l'autre des genres interdits de discrimination, peut néanmoins le violer si elle porte atteinte à l'un des droits garantis par les alinéas a) à b) de l'article 1" (1972 - R.C.S. 889, p. 897).

(2) WHYTE J.D. : "The Lavell case and equality in Canada", Q.Q. 1974, vol. 81, p. 39.

(3) BRUN H. : "De Drybones à Lavell à Canard : les joies du tango judiciaire", R.B.C. 1975, vol. 53, p. 799.

cf. ibid. : McDONALD P.N. : "Equality before the law and the Indian Act : in defence of the supreme court", op. cit., p. 727.

(4) WHYTE J.D., ibid., p. 41.

En rendant, par conséquent, incertaine la protection de l'égalité telle que stipulée par la Déclaration, la Cour Suprême laissait le champ libre à la perpétration d'inégalités par la législation fédérale. Une telle carence de la protection judiciaire de "l'égalité devant la loi" s'avérerait d'autant plus patente que les juges majoritaires se sont refusés à définir expressément le sens de l'article 1(b) de la Déclaration :

"La décision Lavell, loin de donner une conduite définitive aux cours inférieures du Canada sur le sujet de "l'égalité devant la loi" selon la Déclaration canadienne des droits, se ramène à une retraite de la Cour Suprême dans son rôle de chien de garde des droits civils fédéraux" (1).

Avec la décision Lavell, le caractère insolite de l'arrêt Drybones ne transparaît que davantage (2). Que l'on assimile l'arrêt Lavell à un repli tactique ou à un revirement de fond jurisprudentiel, celui-ci ne nous éclaire guère pour l'avenir. De fait, jugement de réaction beaucoup plus que jugement de réflexion, l'arrêt Lavell reflète un certain bouillonnement au sein de la Cour suscité par l'interprétation de la Déclaration des droits. C'est dire combien cette "(...) période d'incertitude" (3) qu'inaugure le jugement Lavell renvoie à l'instabilité jurisprudentielle persistante de la haute juridiction dans ce domaine.

(1) McCOURT B.J. : "Civil rights : loss of Indian status by Indian woman marrying non indian under Indian Act (Can), par. 12(a)(b) : whether provision inoperative under canadian Bill of Rights as discrimination by reason of sex and denial of equality before the law : Re Lavell and Attorney-General of Canada, 38 D.L.R. 3d, 481" O.L.R. 1973-1974, vol. 6, p. 640.
cf. ibid. WHYTE J.D. : "L'arrêt Lavell, remarque-t-il, "(...) n'a pas répondu aux questions des constitutionnalistes (...) sur la signification du principe de l'égalité devant la loi relevé dans la Déclaration des droits", (op. cit., p. 41).

(2) Le juge RICHTIE semblait ramener l'arrêt Drybones à un cas d'espèce : "Je crois utile d'affirmer clairement que ces motifs s'appliquent seulement à un cas où ... (...). A mon avis, cela est loin d'être applicable à toutes les dispositions de la Loi sur les Indiens", (La Reine v. Drybones (1970) R. C.S. 282, p. 298).

(3) BEAUDOIN G.A. : "Le fédéralisme face à la société post-industrielle : au Canada", op. cit., p. 59.
cf. ibid. : "La Cour Suprême et le partage des compétences législatives", op. cit., p. 52.

Paragraphe 3 - La stabilisation de l'arrêt Canard (1)

L'arrêt Lavell consacrait-il une marginalisation définitive de la Déclaration canadienne des droits ou traduisait-il seulement un attentisme jurisprudentiel de circonstance ? Autant de questions que maints observateurs se posaient dans cette ère "post-Lavellienne". L'arrêt Canard vint et coupa court à toutes les supputations. Cette décision n'apporte rien de nouveau si ce n'est qu'elle coïncide avec une relative stabilisation de l'attitude de la Cour Suprême quant à l'interprétation de la Déclaration.

Or, loin de renouer avec la jurisprudence Drybones, l'arrêt Canard s'en écarte encore plus. A cet égard, s'inscrivant dans le sillage du jugement Lavell, la stabilisation de la décision Canard récuse totalement l'héritage de l'arrêt Drybones. De fait, non seulement la décision Canard légitime les positions de la Cour dans l'affaire Lavell mais encore elle aboutit à un résultat qui se situe bien en-deçà de cette dernière :

"Depuis 1970, note ironiquement le professeur BRUN, la Cour Suprême semble s'adonner à un joyeux tango ayant pour thème la portée de la Déclaration canadienne des droits. Trois pas en avant dans Drybones, un petit pas de côté dans Lavell et un grand pas en arrière dans Canard" (2).

Dès lors, conviendra-t-il de situer les contours respectifs du jugement Canard avant d'en mesurer les implications.

A - Les contours du jugement

Les faits, en l'espèce, se résumaient ainsi : à la suite du décès de M. Canard, le ministre des affaires Indiennes, conformément à l'article 43 de la Loi sur les Indiens (3), avait nommé un administrateur de ses biens. Aussi, sa veuve demandait-elle à la Cour Suprême de déclarer cet article invalide parce que créant une irrégularité incompatible avec la Déclaration de 1960.

Il s'agissait, ainsi, pour le tribunal suprême, de déterminer si

(1) Procureur Général du Canada et al. v. F. Canard et al. (1976) R.C.S. 170. Jugement de 5 contre deux.

(2) BRUN H. : "De Drybones à Lavell à Canard : les joies du tango judiciaire", op. cit., p. 801.

(3) S.R.C. 1970, c. I-6.

l'attribution au ministre de l'administration de certaines parties de la loi sur les Indiens portait atteinte au principe d'égalité devant la loi pour cause de discrimination fondée sur la race. En d'autres termes, la Cour devait se prononcer sur la question de savoir "(...) si certaines des prescriptions de la Déclaration canadienne des droits sont violées par certaines dispositions de la Loi sur les Indiens ou par l'administration de ces dispositions conformément aux règlements établis en vertu de la Loi sur les Indiens" (1).

La majorité de la Cour rejetait les prétentions de l'appellante en considérant que les pouvoirs discrétionnaires de nature purement administrative confiés au ministre des Affaires Indiennes n'attaquaient pas aux dispositions de la Déclaration des droits et en particulier au principe de l'égalité devant la loi. Le juge RICHTIE déclarait à cet égard :

"La Déclaration des droits a pour but d'éliminer toutes les lois discriminatoires adoptées par le Parlement du Canada et de garantir à tous les citoyens canadiens les droits et libertés qui y sont énoncés, mais le préambule de la Déclaration prévoit expressément que ces garanties doivent "respecter la compétence législative du Parlement du Canada" et l'art. 91(24) de la constitution confère clairement au Parlement du Canada l'autorité d'adopter à l'égard des Indiens des lois différentes de celles que les législatures provinciales peuvent adopter à l'égard des citoyens des différentes provinces" (2).

Après avoir souligné, de son côté, que l'objet de l'article 91(24) était d' "(...) habiliter le Parlement du Canada à faire des lois qui ne s'appliquent qu'aux Indiens comme tels (...)" (3), le juge PIGEON récusait l'idée selon laquelle le pouvoir discrétionnaire dévolu au ministre constituait une discrimination qui réduirait à néant le concept de l'égalité devant la loi. A l'appui de son argumentation, ce dernier se référait à son "(...) fameux passage de l'arrêt Drybones (...)" (4) qui se révèle être, en dernière analyse, le motif de base de la décision Canard :

"Si l'un des effets de (l'égalité devant la loi) est de rendre inopérantes toutes les dispositions en vertu desquelles les Indiens en tant que tels ne sont pas traités de la même façon que le grand public, on doit inévitablement conclure que le Parlement, en édictant la Déclaration, n'a pas seulement modifié fondamentalement le statut des Indiens par ce procédé indirect, mais aussi qu'il a

(1) Juge en chef LASKIN, p. 176.

(2) p. 191.

(3) p. 193.

(4) BRUN H. : "De Drybones à Lavell à Canard : les joies du tango judiciaire" op. cit., p. 798.

assujetti l'exercice futur de l'autorité législative fédérale sur les Indiens à l'exigence d'une déclaration expresse "que la loi s'appliquera nonobstant la Déclaration canadienne des droits" " (1).

Or, de toute évidence, conclue le juge PIGEON, si le Parlement avait voulu un tel résultat, il l'aurait dit sans ambiguïté. Dès lors, le principe de l'égalité devant la loi ne saurait exclure toutes les règles juridiques en vertu desquelles les Indiens ou tout autre groupe ne sont pas administrés de la même manière que le reste de la communauté canadienne.

Par ailleurs, le juge BEETZ conclue que le caractère administratif et non législatif de la discrimination rend compatible la Loi sur les Indiens avec les dispositions de la Déclaration canadienne des droits :

"(...) si l'intimée a été victime de discrimination raciale, cette discrimination est de nature administrative, elle n'est pas inhérente à la Loi sur les Indiens. La Loi sur les Indiens peut à cet égard s'interpréter s'appliquer de manière que les Indiens soient traités de la même façon que leurs concitoyens canadiens" (2).

Fidèle à son attitude adoptée dans l'arrêt Lavell, le juge en chef LASKIN admet difficilement, en revanche, dans son opinion dissidente, que l'article 91(24) puisse autoriser le Parlement à transgresser les droits stipulés par la Déclaration de 1960 :

"(...) je ne considère pas que la simple attribution d'un pouvoir législatif constitue en lui-même une autorisation pour le Parlement d'aller à l'encontre des mesures de sauvegarde qu'il a énoncées de façon générale dans la Déclaration canadienne des droits. Si le Parlement juge nécessaire de traiter son pouvoir de légiférer en vertu de l'art. 91(24) de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique d'une façon qui irait à l'encontre de la Déclaration canadienne des droits, il est libre de le faire mais l'art. 91(24) ne constitue pas, à mon avis, une invitation aux tribunaux de faire ce que le Parlement n'a pas voulu faire lui-même" (3).

(1) La Reine v. Drybones (1970) R.C.S. 282, p. 304. Les juges RICHTIE, MARTLAND et JUDSON souscrivent à ce motif.

(2) p. 210.

(3) p. 184.

B - Les implications du jugement

"(...) arrêt déconcertant (...)" (1), la décision l'est à plus d'un titre dans la mesure où, à l'instar du jugement Lavell, la ratio decidendi s'avère malaisée à définir (2). A cet égard, il y aurait lieu de dégager les implications de l'arrêt Canard d'une part quant à la portée de la Déclaration des droits et d'autre part quant à la définition du principe de "l'égalité devant la loi".

Ceux qui voyaient dans l'arrêt Lavell un jugement "(...) voué à une grande destinée sur le plan juridique" (3) faisaient preuve d'une juste intuition. Car l'arrêt Canard, se situant dans le droit fil de la jurisprudence Lavell, "(...) adopte une approche restrictive quant à l'application de la Déclaration des droits" (4). D'aucuns ont pu souligner, en la circonstance, que la décision Canard limitait encore plus étroitement le champ d'application de la Déclaration. En effet, si dans l'arrêt Lavell, la Cour Suprême écartait toute législation fédérale antérieure dans la mesure où celle-ci s'avérait indispensable à l'exercice des prérogatives législatives du Parlement fédéral, il semblerait, par contre, qu'avec le jugement rendu dans l'affaire Canard "(...) toute législation antérieure à la Déclaration puisse être virtuellement soustraite à l'application de la Déclaration, sans qu'il soit possible de dire pour quel motif" (5).

Ce serait, dès lors, apporter une restriction bien plus considérable à la portée de la Déclaration de 1960. Toutefois, en l'absence d'indices précis, il faut se garder de toute témérité d'analyse. En guise de politique, la haute juridiction s'en tient à celle de l'ambiguïté. Les seules notes claires d'espoirs proviennent, en l'espèce, des "(...) propositions constructives et imaginatives (...)" (6) des juges LASKIN et BEETZ, susceptibles d'assouplir les modalités d'application de la Déclaration canadienne des droits.

(1) PHILLIPS D. : "Indians and inequality : a commentary on A.G. Canada v. Canard", O.H.L.J., 1975, vol. 13, p. 380.

(2) cf. SAMSON J.K. : "(...) l'arrêt laisse au lecteur un sentiment de perplexité. Les motifs invoqués par les juges majoritaires paraissent en effet si disparates que l'établissement même d'une ratio constitue un tour de force" ("L'égalité devant la loi et la Cour Suprême : égalitarisme ou "rule of law" ", op. cit., p. 675).
cf. ibid. : PHILLIPS D., op. cit., p. 368.

(3) SAMSON J.K. : "La déclaration canadienne des droits : une interprétation nouvelle ?" op. cit., p. 362.

(4) ELLIOTT D.W. : "Canard : a triad returns", U.T.L.J., 1975, vol. 25, p. 331.

(5) BRUN H. : "De Drybones à Lavell à Canard : les joies du tango judiciaire", op. cit., p. 801.

(6) ELLIOTT D.W., op. cit., p. 332.

Malheureusement, tout aussi stimulantes qu'elles soient, ces opinions restent encore isolées au sein d'une Cour manifestement regroupée autour des conceptions quelque peu traditionnelles du juge PIGEON.

Par ailleurs, l'interprétation donnée par le tribunal suprême au principe de "l'égalité devant la loi" ne diffère guère de celle avancée dans la décision Lavell (1). En effet, la haute juridiction s'appuie, à cet égard, sur le sempiternel argument selon lequel l'exercice de la compétence fédérale relative aux Indiens au titre de l'article 91(24) nécessite et justifie un traitement différent pour les Indiens. C'est dire combien la Cour retombe dans les mêmes travers interprétatifs de l'arrêt Lavell, se refusant en toute clarté à "(...) articuler une définition effective de l'égalité" (2).

La confusion d'analyse du juge RICHTIE est exemplaire à cet égard. Ce dernier, en faisant appel à la fois à la règle de droit et à la comparaison du contenu de la loi sur les Indiens avec la réglementation fédérale, tend à mélanger le sens formel et le sens égalitariste de la notion d'égalité.

Toutes différentes se révèlent les attitudes des juges LASKIN et BEETZ. Rejetant indirectement l'assimilation de "l'égalité devant la loi" à la règle de droit, ceux-ci définissent ce principe sur des critères autrement plus respectueux de la conception de l'égalité. De fait, si le juge en chef se réfère, en la circonstance, à un principe général de droit, le juge BEETZ donne de "l'égalité" une acception plus large :

"L'égalité devant la loi sans discrimination en raison de la race, de l'origine nationale, de la couleur, de la religion ou du sexe ne signifie pas simplement l'égalité avec toutes les autres personnes de la catégorie visée par une loi particulière : une telle signification rendrait possible toutes les formes de discrimination interdite dans la mesure où les autres personnes de la

(1) BRUN H. : "(...) l'arrêt Canard n'ajoute rien en matière d'égalité devant la loi. Il laisse donc tacitement celle-ci au niveau auquel elle était au sortir de l'affaire Lavell : l'égalité devant la loi ne signifierait rien de plus que la bonne vieille Rule of Law", ("De Drybones à Lavell à Canard : les joies du tango judiciaire", op. cit., p. 801).

(2) KRIEGER D. : "Civil rights : Indian woman denied administration of husband's estate as the result of ministerial discretion exercised under Indian Act (can) pars 42-43 and Indian Estates Regulation pars. 4 and 11 : whether provisions inoperative under canadian Bill of Rights as discrimination by reason of race and denial of equality before the law : Attorney General of Canada ans *Ress v. Canard* (1976) 1 S.C.R. 170, 52 D.O.R. (3d) 548 (1975)", O.L.R. 1976, vol. 8, p. 662.

catégorie visée seraient aussi victimes de la même forme de discrimination" (1).

Cette approche du principe de "l'égalité devant la loi" tranche de toute évidence avec le point de vue de la majorité. Du reste, si l'on examine l'évolution de la Cour Suprême depuis l'arrêt *Drybones* sur ce point, il ne nous paraît pas que cette stabilisation jurisprudentielle soit définitive (2). De même qu'une telle stabilisation de la haute juridiction sur la valeur à accorder à la Déclaration des droits nous semble, eu égard à l'indécision de son argumentation, provisoire.

(1) p. 205.

(2) SAMSON J.K. : "(...) depuis l'affaire *Drybones*, il semble bien que la Cour Suprême ne soit encore fixée ni sur la portée à accorder à l'égalité devant la loi, ni sur le choix des termes de la comparaison lorsqu'elle accrédite la conception égalitariste", ("L'égalité devant la loi et la Cour Suprême : égalitarisme ou *"rule of law"* ", op. cit., p. 679).

SECTION II - LE FONDEMENT DES OBSTACLES RELATIFS A L'INTERPRETATION JURISPRUDENTIELLE DE LA DECLARATION DES DROITS

Le peu de succès rencontré jusqu'à ce jour par la Déclaration canadienne des droits dans le domaine des libertés fondamentales ne relève en rien du hasard des circonstances. Les à-coups jurisprudentiels quelque peu contradictoires de la haute juridiction soulignent, si besoin est, ses efforts laborieux dans son interprétation du texte de 1960. Pouvait-il en être autrement ? Nous ne le pensons pas. Car sur le chemin de l'interprétation jurisprudentielle de la Déclaration des droits, la Cour Suprême ne pouvait pas ne pas buter sur deux obstacles majeurs. L'un tient à l'ambivalence de la valeur juridique de la Déclaration des droits ; l'autre s'identifie à la nature hybride du régime constitutionnel canadien.

Aussi, conviendra-t-il dans un premier temps de montrer dans quelle mesure le caractère ambivalent de la valeur juridique de la Déclaration canadienne des droits a provoqué des dissensions au sein de la Cour Suprême. Il nous faudra, dans un second temps, nous arrêter sur le caractère hybride de la nature constitutionnelle du régime politique canadien qui a contribué, pour une large part, à neutraliser le texte législatif de 1960.

Paragraphe 1 - Le caractère ambivalent de la valeur juridique de la Déclaration canadienne des droits

En votant en 1960 la Déclaration canadienne des droits, le Parlement fédéral ignorait certainement qu'il lançait de cette façon un pavé dans la mare jurisprudentielle de la Cour Suprême. De fait, il incombait à la haute juridiction canadienne "(...) la lourde responsabilité (...) " (1) d'interpréter les dispositions d'une loi fédérale pour le moins encombrante. Déjà, dès 1962, le juge DAVEY ne cachait pas sa perplexité devant la tâche à entreprendre :

"La difficulté dans l'interprétation et l'application du langage très général de la Déclaration canadienne des droits n'a pas été exagérée. Il est, à mon avis, impossible actuellement de saisir pleinement toutes les implications de l'Acte ou de déterminer son application dans des circonstances qui ne peuvent pas être totalement prévues" (2).

(1) TARNOPOLSKY W.S. : "The canadian Bill of Rights and the supreme court decisions in Lavell and Burnshine : a retreat from Drybones to Dicey ?", op. cit., p. 22.

(2) La Reine v. Gonzales (1962) R.C.S. 290, p. 291.

Quasiment considérée comme négligeable au cours de la décennie 1960, la Déclaration devait, avec le début des années 1970, devenir la bête noire jurisprudentielle des juges du tribunal suprême. Cet état de choses s'explique par l'ambiguïté entretenue autour de la portée réelle de la Déclaration. D'assise strictement législative, la loi fédérale de 1960 se trouve paradoxalement à avoir, en vertu de son article 2, la possibilité d'invalidier toute loi fédérale contraire à ses dispositions. En effet, il est stipulé, en l'espèce, qu'une loi fédérale sera déclarée invalide si de par son interprétation et son application, elle tend à "(...) supprimer, restreindre ou enfreindre un des droits ou une des libertés reconnus dans la déclaration" (1). L'ambiguïté s'épaissit lorsque, par ailleurs, il est précisé que le Parlement peut passer outre et dire que telle loi s'appliquera "nonobstant la Déclaration canadienne des droits" (2).

N'ayant ainsi pour unique secours que cette disposition aussi fondamentale que vague, la Cour Suprême s'est trouvée constamment depuis l'arrêt *Drybones* à l'arrêt *Canard* en passant par l'affaire *Lavell* devant la même question épineuse : quelle valeur juridique exacte attribuer à la Déclaration des droits ? Manifestement, le haut tribunal ne pouvait apporter à cette interrogation une réponse claire et rapide. Et d'aucuns, à cet égard, d'avouer qu'il était "(...) bien possible que l'application judiciaire de la Déclaration canadienne des droits donne lieu à de grandes difficultés" (3).

C'est essentiellement sur la signification à accorder au préambule de l'article 2 de la Déclaration que de profondes divergences jurisprudentielles ont surgi au sein de la Cour Suprême. Un tel clivage se résume globalement à une opposition entre deux optiques sinon deux écoles très personnalisées : "(...) il y a deux écoles de pensée, constate le professeur BEAUDOIN. Il m'apparaît que Messieurs les Juges PIGEON et LASKIN, qui représentent bien les deux écoles, sont constants et logiques avec eux-mêmes" (4).

(1) Article 2 de la Déclaration des droits.

(2) Article 2 de la Déclaration des droits.

(3) Juge RICHTIE : *La Reine v. Drybones* (1970) R.C.S. 282, p. 298. De son côté, le juge ABBOTT était convaincu que la Déclaration des droits continuerait "(...) encore pendant un certain temps à amener beaucoup d'eau au moulin judiciairement parlant", (*Procureur Général du Canada v. Lavell et al.* (1974) R.C.S. 1349, p. 1374).

(3) BEAUDOIN G.A. : "La Cour Suprême et le partage des compétences législatives", op. cit., p. 52.

A - L'optique du juge PIGEON

En son for intérieur, le juge PIGEON pouvait savourer les délices de sa victoire jurisprudentielle :

"(...) rien, notait-il dans l'arrêt Lavell, ne s'oppose à ce que je m'en tienne à ce qui fut mon avis dissident, lorsqu'une majorité de ceux qui n'y ont pas souscrit quant à un article particulier de la loi sur les Indiens, l'adopte maintenant pour la partie principale de cette importante législation" (1).

En parvenant ainsi à faire basculer la majorité de la Cour Suprême en faveur de ses positions, ce dernier réussissait le tour de force d'amener la haute juridiction à renier dans l'affaire Lavell ce qu'elle avait osé proclamer dans son jugement Drybones. Pareil retournement jurisprudentiel de la Cour s'explique dans une large mesure, par une cohérence du jugement et une argumentation juridique irréprochable.

La construction théorique du juge PIGEON trouve ses fondations dans le principe de la suprématie parlementaire. Un tel principe, selon lui, dénit, à cet égard, formellement à la Déclaration canadienne des droits la possibilité de s'ériger en censeur de toute législation passée par le Parlement fédéral relative aux libertés fondamentales :

"Dans le système britannique traditionnel qui est le nôtre en vertu de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, c'est le Parlement, affirme-t-il, qui est exclusivement responsable de la mise à jour de la législation dans notre monde en évolution. Si le Parlement du Canada avait eu l'intention de déroger à ce principe en édictant la Déclaration, on serait en droit de s'attendre à y trouver cette intention clairement exprimée" (2).

Or, raisonne le juge PIGEON, une intention de cet ordre ne saurait avoir été émise par le Parlement fédéral car ce serait remettre en cause une règle fondamentale du droit constitutionnel canadien. Cette règle, en l'espèce, établit que le rôle des tribunaux doit se borner uniquement à l'interprétation et à l'application des lois conformément aux principes édictés par la Déclaration. Dès lors, il n'appartient aucunement à la Cour Suprême de décider de l'existence des droits et libertés et par voie de conséquence d'abroger toute législation fédérale contraire à ces droits et libertés.

(1) Procureur Général du Canada v. Lavell et al. (1974) R.C.S. 1349, p.1372.

(2) La Reine v. Drybones (1970)R.C.S. 282, p. 306.

La Déclaration canadienne des droits ne doit, dès lors, qu'être assimilée à une loi fédérale que le Parlement d'Ottawa peut, si bon lui semble, modifier ou abroger.

Ce constat conduit donc le juge PIGEON à ramener le préambule de l'article 2 de la Déclaration des droits à rien de plus qu'une simple indication donnée à la haute juridiction dans son interprétation des lois relatives aux libertés fondamentales :

"Je ne vois pas non plus comment on peut dire que considérer l'article 2 comme rien de plus qu'une règle d'interprétation, c'est ne pas donner effet à la Déclaration. Sur quoi se fonde-t-on pour présumer que l'on a voulu faire autre chose dans une loi qui n'a pas de caractère constitutionnel ?" (1)

En assimilant ainsi la Déclaration canadienne des droits à une simple règle d'interprétation, le juge PIGEON entend cantonner la Cour Suprême dans son strict rôle d'interprétation et d'application des lois. Dès lors, lui ferme-t-il la porte à toute pratique de "judicial review" quant aux lois du Parlement fédéral relatives aux libertés fondamentales sous réserve que celui-ci ne déclare telle loi applicable nonobstant la Déclaration de 1960.

Bien que l'orthodoxie de cette optique constitutionnelle ne résolve pas, toutefois, l'accident sinon l'énigme Drybones, elle a cependant pour elle les avantages de la clarté et de la rigueur. Au regard des dispositions quelque peu ambiguës du texte de 1960, on réalise sans peine que la logique jurisprudentielle du juge PIGEON ait vite séduit et rameuté les indécis d'une Cour passablement désorientée après la décision Drybones. C'est dire combien depuis 1970 jusqu'à l'arrêt Canard, avec l'autorité et le brio d'un chef d'orchestre, "le juge PIGEON mène le bal et les collègues prouvent leur souplasse" (2).

B - L'optique du juge en chef LASKIN

Face à la conception restrictive du juge PIGEON quant à la valeur à attribuer à la Déclaration canadienne des droits, le juge en chef LASKIN développe, en la matière, une approche sensiblement plus ouverte. De fait, à la différence du juge PIGEON, l'itinéraire jurisprudentiel du juge en chef a, à cet égard, comme point de départ, la décision Drybones. Cet arrêt, estime le juge en chef LASKIN, s'avère fondamental par son évaluation audacieuse de l'impact de la Déclaration des droits :

(1) Ibid., p. 306. Le juge ABBOTT considère de même que l'article 2 de la Déclaration des droits "(...) ne donne qu'une simple règle d'interprétation" (ibid., p. 299).

(2) BRUN H. : "De Drybones à Lavell à Canard : les joies du tango judiciaire", op. cit., p. 801.

"L'arrêt Drybones a décidé (...) que la Déclaration canadienne des droits était plus qu'une simple loi d'interprétation dont les termes devaient céder le pas à une intention contraire ; elle avait force prépondérante lorsqu'un texte législatif entraînait en conflit avec ses termes, et c'était le texte incompatible fédéral qui devait céder le passage" (1).

Faisant sien ce constat jurisprudentiel de l'arrêt Drybones, le juge en chef en vient, par conséquent, à considérer la signification essentielle de l'article 2 qui "(...) donne à ce texte législatif sa force véritable (...) " (2). Les conclusions dégagées par la décision de 1970 constituent pour lui un pas dans la bonne direction et ne sauraient, dès lors, être remises en question. Ne ressentant, à cet égard, "(...) aucune inclination à rejeter ce qui a été décidé dans l'arrêt Drybones (...) " (3), le juge en chef LASKIN devait, au cours des années suivantes, pousser plus loin son raisonnement. De par les principes qu'il énonce comme de par les termes de son article 2, le texte de 1960 ne s'identifie pas à une loi d'interprétation. De fait, la valeur d'un tel document, estime-t-il, sans toutefois revêtir un statut constitutionnel, déborde le cadre interprétatif :

"La Déclaration canadienne des droits est à mi-chemin entre un système fondé uniquement sur la common law et un système constitutionnel ; on peut à juste titre la décrire comme un document quasi constitutionnel" (4).

Située ainsi quelque part entre le statut législatif commun et le statut constitutionnel, la Déclaration canadienne des droits n'est pas une loi comme les autres et ne saurait, par voie de conséquence, être interprétée de la même façon qu'une législation ordinaire :

"(...) la Déclaration canadienne des droits, loi quasi-constitutionnelle (n'est) pas, aux fins d'interprétation "un statut comme les autres statuts", (...) et il y a peu de doute, certainement aucun à mon avis, que l'approche judiciaire à son endroit, est forcée de par son caractère, à être différente que celle prise à l'égard de la législation ordinaire" (5).

(1) Procureur Général du Canada v. Lavell et al. (1974) R.C.S. 1349, p.1382.

(2) Ibid., p. 1388.

(3) Ibid., p. 1375.

(4) Hogan v. La Reine (1975) R.C.S. 574, p. 597. Dans cet arrêt, la Cour Suprême avait estimé que la privation pour un accusé du droit de consulter un avocat qui aurait été une excuse raisonnable pour refuser de subir un test d'haleine, ne rendait pas inadmissible la preuve obtenue.

(5) LASKIN B. : "The role and functions of final appellate courts : the supreme court of Canada", op. cit., p. 476.

Ces intuitions jurisprudentielles du juge en chef LASKIN devaient faire progressivement leur chemin au sein de la Cour Suprême et trouver auprès du juge BEETZ un certain écho. Ce dernier, en effet, dans l'arrêt *Canard*, se ralliait aux conceptions du juge en chef :

"La déclaration canadienne des droits est plus qu'une règle d'interprétation dont les dispositions laisseraient le champ libre à toute mesure législative visant un effet contraire" (1).

Mis à part le point de vue du juge PIGEON, la majorité de la haute juridiction semblerait peu ou prou abonder dans le même sens que les juges LASKIN et BEETZ. Ainsi, le juge RICHTIE, dans l'affaire *Hogan*, sous-entend-il le caractère partiellement constitutionnel de la Déclaration des droits. Cependant "(...) une différence fondamentale dans l'approche et la philosophie (...)" (2) se dessine entre la majorité de la Cour et le juge en chef en ce qui concerne les implications d'un tel statut. Pour le juge RICHTIE, à cet égard, que la Déclaration de 1960 soit un instrument quasi-constitutionnel ne saurait pour autant signifier qu'elle puisse réfuter des doctrines de common law comme l'admissibilité de la preuve illégalement obtenue :

"(...) quelque soit l'opinion que l'on puisse avoir de la portée constitutionnelle de la Déclaration des droits (...) je ne puis souscrire à l'avis que, chaque fois qu'il y a eu une violation des dispositions de cette Déclaration, elle justifie l'adoption de la règle de "l'exclusion absolue" " (3).

Au contraire, rétorque le juge en chef LASKIN, une loi quasi-constitutionnelle à l'instar de la Déclaration, devrait par son propre effet, au moins exclure une preuve obtenue au mépris des droits fondamentaux énoncés par cette Déclaration. Toute loi fédérale qui, de quelque manière que ce soit, contrevient aux dispositions du texte de 1960, doit, conclue-t-il, être invalidée par la Cour Suprême.

Considéré comme intrinséquement déclaratoire, de nature à aider la haute Cour dans son interprétation des lois fédérales ou comme loi quasi-constitutionnelle, la Déclaration canadienne des droits semble s'être stabilisée dans un statut intermédiaire entre la règle d'interprétation et la loi

(1) Procureur Général du Canada et al. v. F. Canard et al. (1976) R.C.S. 170, p. 205.

(2) MACKENZIE J.A. : "Constitutional law", op. cit., p. 151.

(3) *Hogan v. la Reine* (1975) R.C.S. 574, p. 584.

constitutionnelle (1). Ainsi, la prééminence, de facto, de son statut implicite sur son statut explicite, renforce la Déclaration des droits dans son efficacité (2). Gageons, toutefois, que l'ambivalence sur la nature exacte du texte de 1960 pèsera encore longtemps sur son interprétation à venir.

Paragraphe 2 - Le caractère hybride de la nature constitutionnelle du régime politique canadien

A l'instar de la portée ambivalente de la Déclaration des droits, le fondement hybride du système constitutionnel constitue un autre obstacle quant à l'application jurisprudentielle par la Cour Suprême du texte législatif de 1960. Les difficultés de la haute juridiction en ce domaine s'enracinent, en effet, dans l'antagonisme fondamental entre les forces fédérales et les forces parlementaires qui animent la structure constitutionnelle du Canada.

Notre démarche sera, à cet égard, de souligner dans quelle mesure les contradictions observées dans l'interprétation de la Déclaration des droits par la Cour Suprême renvoient aux contradictions constitutionnelles du régime politique canadien. Il conviendra, ainsi, de montrer d'une part qu'au sein de cette dualité constitutionnelle, le principe de la souveraineté parlementaire a subi des limitations et d'autre part que l'application de la Déclaration des droits est l'expression d'une certaine contestation de cette souveraineté.

(1) Ainsi par son caractère quasi-constitutionnel, la Déclaration canadienne des droits se situe entre les positions américaines et anglaises en matière de protection des libertés fondamentales. En effet tandis que dans le régime fédéral américain, le Bill of Rights est partie intégrante de la constitution, dans le système britannique, par contre, le domaine des libertés relève du Parlement.

(2) LEDERMAN W.R. note que le caractère spécifique du statut du document de 1960 n'est pas incompatible avec une certaine efficacité de ses dispositions : "(...) politiquement, la Déclaration canadienne des droits n'est pas le genre de statut qu'un corps parlementaire pourrait facilement changer ou abroger (...) Aussi longtemps qu'elle fait partie du registre des statuts, elle donne aux juges canadiens des occasions importantes pour annuler des lois canadiennes incompatibles avec les libertés du citoyen", ("Concerning à Bill of Rights for Canada and Ontario", Ontario Advisory Committee on Confederation, Background papers and reports, 1970, p. 280-281).

A - Les limitations de la souveraineté parlementaire

Les fondations de l'édifice constitutionnel de 1867 s'appuient tout autant sur les piliers du fédéralisme que du parlementarisme. Le mélange de ces deux ingrédients constitutionnels clairement exprimé par le préambule de la constitution canadienne (1) se justifie par les circonstances historiques qui ont présidé à la naissance de la Confédération.

De fait, une double influence, américaine et anglaise, a marqué profondément l'oeuvre constitutionnelle des constituants de 1867. Si le fédéralisme en tant que structure politique les fascinait, "(...) le fédéralisme en tant que technique de gouvernement n'était pas familier aux hommes politiques canadiens, le monde qu'ils connaissaient était le système colonial britannique" (2). Proches de leur puissant voisin américain mais encore mal dégagés de la dépendance britannique, les Pères fondateurs de l'A.A.N.B. de 1867 furent amenés à introduire dans leur projet constitutionnel des éléments relevant à la fois du régime fédéral et du régime parlementaire (3).

Toutefois, jouant les apprentis constituants, les hommes de la Confédération ne se faisaient qu'une vague idée des conséquences pour le moins conflictuelles de cette alliance contre nature :

"Empruntant à la fois au système constitutionnel britannique et au système américain, les Pères de la Confédération opéraient un savant mélange de l'un et l'autre et lançaient sur le marché politique leur produit nouveau, sans trop savoir ce qui en résulterait et surtout si les deux principes en jeu feraient bon ménage" (4).

(1) "Considérant que les provinces du Canada, de la Nouvelle-Ecosse et du Nouveau-Brunswick ont exprimé le désir de se fédérer en un dominion sous l'autorité de la Couronne du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande et régi par une constitution semblable en principe à celle du Royaume-Uni ;".

(2) MALLORY J. R. : "Le système constitutionnel canadien", op. cit., p. 107.

(3) cf. CAVALLUZZO P. J. : "(...) notre forme de gouvernement parlementaire est britannique. Notre système politique fédéral est américain", ("Judicial review and the Bill of Rights : Drybones and its aftermath", op. cit., p. 512).

cf. ibid. : LIVINGSTON W. : "La vérité est que (la constitution canadienne) se situe quelque part entre la pratique anglaise et américaine et ressemble à chacune dans certains détails", ("Federalism and constitutional change", op. cit., p. 18).

ibid. : FOWLER D. : "The canadian Bill of Rights - a compromise between parliamentary and judicial supremacy", op. cit., p. 713.

(4) Rapport TREMBLAY - Commission Royale sur les problèmes constitutionnels, 1956, vol. 2, p. 157.

Beaucoup d'écrits et de réflexions ont été consacrés à cette cohabitation constitutionnelle pas comme les autres. Ainsi, le Comité Judiciaire londonien soucieux pourtant de mettre en évidence le caractère fédéral de la constitution canadienne, rappelait l'incidence du parlementarisme dans la compréhension globale du préambule de l'A.A.N.B. de 1867 :

"(Cette chambre) (...) a attiré l'attention sur le fait que le mot "federal" employé dans le préambule de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique avait un sens plutôt vague et que le principe adopté de fait n'était pas celui d'une fédération au sens strict du mot, mais d'une fédération par laquelle les constitutions des provinces avaient été cédées au Parlement impérial afin qu'il puisse les définir dans un nouveau texte" (1).

Cette juxtaposition des apports fédéral et parlementaire rend-elle, dès lors, viable l'échafaudage constitutionnel canadien ? C'est, en d'autres termes, se demander si le parlementarisme canadien s'avère "(...) conciliable avec la formule fédérative" (2) instaurée par l'A.A.N.B. . Certes, le fédéralisme comme le parlementarisme peuvent exprimer une même réalité juridique, à savoir le principe de la suprématie législative (3). Toutefois, leur cohabitation nous semble, tout au moins, au plan théorique, incompatible :

"(...) le régime parlementaire de collaboration des pouvoirs et même de concentration des pouvoirs dans l'hypothèse britannique, apparaît peu compatible avec la structure fédérale d'un Etat" (4).

(1) *Bonanza Creek Gold Mining Co. v. le Roi* (1916) A.C. 566, p. 579.

(2) BEAUDOIN G.A. : "Le fédéralisme face à la société post-industrielle : au Canada", op. cit., p. 55.

(3) cf. BRUN H. & TREMBLAY G. : "Ces deux règles désignent une même réalité juridique, mais en l'abordant sous deux angles différents. D'une part, la rule of law signifie que la loi est la source première du droit. Elle affirme la suprématie législative en insistant sur la fonction elle-même, indépendamment des organes qui l'exercent. D'autre part la souveraineté parlementaire précise que les organes qui constituent le Parlement sont conjointement suprêmes, parce qu'ils sont chargés d'exercer de concert cette fonction législative" ("Droit Public Fondamental", op. cit., p. 165).

(4) CROIZAT M. : "Le fédéralisme canadien et l'autonomie du Québec", thèse, Grenoble, 1964, p. 134.

cf. CLOCKIE H. McD : "(le principe de la souveraineté parlementaire s'avère) (...) complètement faux dans un système fédéral, puisque la division de l'autorité est de l'essence du fédéralisme (...)", ("Canadian government and politics", op. cit., p. 56).

cf. ibid. CAVALLUZZO P.J. : "(...) en pratique, la souveraineté parlementaire n'est plus un concept viable dans la sphère fédérale car il est politiquement irréalisable pour le Parlement d'affirmer sa souveraineté théorique", ("Judicial review and the Bill of Rights : Drybones and its aftermath", op. cit. p. 518).

De fait, des différences essentielles séparent le fédéralisme du parlementarisme. Ainsi, dans un Etat fédéral, la constitution occupe le rang suprême et les tribunaux ont pour fonction de la garder. Par conséquent, le fédéralisme attribue la suprématie non pas à un Parlement mais à la loi fondamentale dont l'interprétation revient en dernier ressort à la Cour Suprême. Le principe fédéral s'identifie, dès lors, à la suprématie de la constitution (1). En revanche, dans le cadre du parlementarisme, une telle suprématie relève de la souveraineté parlementaire du Parlement :

"(Le Parlement, note DICEY, dispose ainsi) "(...) du droit de faire et de défaire n'importe quelle loi, et de plus, qu'aucune personne ou corps ne soit reconnu par les lois d'Angleterre comme ayant le droit de passer outre ou d'écarter la législation du Parlement" (2).

Il y a lieu, désormais, de s'interroger sur les raisons qui ont permis à l'expérience constitutionnelle canadienne de survivre malgré cet antagonisme de principes. L'explication réside, en la circonstance, dans la constatation d'un parlementarisme empirique et intégré.

Quoiqu'en dise le juge RAND (3), la théorie du gouvernement parlementaire demeure entourée, dans le contexte canadien, d'un empirisme révélateur. Certes, plusieurs articles de l'A.A.N.B. traitent explicitement du pouvoir parlementaire (4). Cependant, pour l'essentiel, le régime

(1) SINCLAIR J.G. : "Le fédéralisme implique nécessairement la suprématie de la constitution et non la suprématie du Parlement", ("The Queen v. Drybones : the supreme court of Canada and the canadian Bill of Rights", op. cit., p. 604).

(2) DICEY A.V. : "Introduction to the study of the law of the constitution", Londres, 10ed. 1960, p. 39.

TARNOPOLSKY W.S. souligne quant à lui : "Les deux caractéristiques de la souveraineté parlementaire sont : a) que le Parlement peut faire ou défaire toute loi, b) qu'aucun corps ou personne n'a le droit de renverser ou d'écarter la législation du Parlement", ("The Canadian Bill of Rights", 1975, op. cit., p. 92).

(3) Ce dernier déclarait : "Ainsi que l'indiquent les premiers mots du préambule de l'Acte de 1867 qui expose le souhait des quatre provinces de contracter une union fédérale avec une constitution "reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume Uni", la théorie politique qui y est formulée est celle d'un gouvernement parlementaire, avec toutes ses implications sociales, et les dispositions de l'Acte établissent ce principe dans l'appareil institutionnel qu'elles créent ou envisagent", (Switzman v. Elbling (1957) R.C.S. 285, p. 396).

(4) Ainsi l'article 17 de l'A.A.N.B. stipule-t-il qu' "il y a pour le Canada un parlement composé de la Reine, d'une Chambre haute appelée Sénat et d'une Chambre des Communes". De même les dispositions des articles 10 et suivants traitent de la fonction du gouverneur général et des lieutenants-gouverneurs.

parlementaire relève, au sein de la monarchie constitutionnelle, de simples conventions constitutionnelles (1). Ainsi des attributs du parlementarisme aussi fondamentaux que le gouvernement responsable (2), le vote de confiance ou la dissolution du parlement sont-ils passés sous silence par la constitution canadienne. C'est dire qu'au niveau de la réalité constitutionnelle, le parlementarisme canadien reste incomplet.

Par ailleurs, une telle souveraineté parlementaire connaît des limites dans la mesure où elle doit s'intégrer dans le carcan fédéral de la structure constitutionnelle canadienne :

"(...) au Canada, remarque la Commission TREMBLAY, ce principe parlementaire a nécessairement un sens particulier à cause du principe fédératif, lequel (...) a pour exigences essentielles de donner la suprématie de la constitution, de diviser les pouvoirs entre des corps coordonnés et indépendants, et de reconnaître l'autorité des tribunaux comme interprètes de la constitution" (3).

Dès lors, s'exprimant à l'intérieur même du cadre fixé par la constitution fédérale, le principe de la souveraineté parlementaire trouve une limite sensible. Le Parlement fédéral ne peut, en effet, agir que dans les limites des pouvoirs que la loi fondamentale accorde à chacun des deux ordres de gouvernement. Ainsi, le système politique imaginé par l'Acte de 1867 débouche sur "(...) un régime où les exigences et les rouages du parlementarisme doivent s'harmoniser avec les exigences et les rouages du fédéralisme"(4).

On réalise, à cet égard, que la coexistence entre ces deux principes passe inévitablement par un rabaissement de la souveraineté parlementaire au sein du fédéralisme canadien :

(1) A l'instar des coutûmes, les conventions constitutionnelles forment la partie non écrite de la constitution canadienne : "L'objet de la loi (A.A.N.B.) était de donner une constitution au Canada. Comme toutes les constitutions écrites, celle-ci a pu se développer, grâce aux coutûmes et aux conventions (...)", (Edwards v. Procureur Général du Canada (1930) A.C. 124, p. 136).

(2) Sir John A. MacDONALD déclarait à cet égard : "Lisez l'Acte d'Union : on n'y trouve rien au sujet du gouvernement responsable : c'est un régime que nous avons adopté" (POPE J. : "Confederation documents", Toronto, Carswell, 1895, p. 77). Ainsi le principe de la responsabilité ministérielle s'avère une des conventions constitutionnelles les plus importantes. Le Premier Ministre, principal homme politique du pays comme le Cabinet dont les fonctions n'apparaissent nulle part dans l'A.A.N.B. de 1867, doivent disposer, pour gouverner, de la confiance de la majorité des membres de la Chambre des Communes.

(3) Rapport TREMBLAY, op. cit., p. 157.

(4) ARES R. : "La constitution" in "Le système politique du Canada" (L. SABOURIN), 1968, p. 41.

"(...) les limitations du concept de la souveraineté parlementaire dans un Etat fédéral comme le Canada (...) sont, estime FOWLER, (...) aiguës. Du fait de la division du pouvoir législatif entre les ordres fédéral et provinciaux, une fédération est nécessairement fondée sur la suprématie de la loi plutôt que sur celle de la législature" (1).

Sans être véritablement évacué, le principe de la souveraineté parlementaire subit, de par son intégration au système fédéral canadien, un amoindrissement certain. Aussi, loin de s'épanouir pleinement à l'instar du parlementarisme pur britannique, le parlementarisme canadien se trouve en quelque sorte ligoté dans sa geôle fédérale :

"Dans une fédération, soulignait la Commission TREMBLAY, le régime parlementaire ne peut donc être poussé jusqu'à ses ultimes conséquences, il doit accepter des limitations et se plier aux exigences essentielles du fédéralisme" (2).

B - Les restrictions à la souveraineté parlementaire

D'aucuns ont pu se demander si l'article 2 de la Déclaration canadienne des droits ne constituait pas une "(...) machinerie (...)" (3), voire "(...) l'épée (...)" (4) qui décapiterait le principe de la souveraineté parlementaire. Incontestablement, la légitimité d'une telle question ne fait aucun doute et les appréhensions du juge ABBOTT en la circonstance témoignent de la gravité du problème :

"A mon avis, la Déclaration canadienne des droits a porté atteinte de façon importante à la doctrine de la suprématie du Parlement. Comme toute autre loi, elle peut évidemment être abrogée ou modifiée, ou une loi particulière être déclarée applicable notwithstanding les dispositions de la Déclaration. Dans l'abstrait, la suprématie du Parlement est maintenue, mais ajoute-t-il, dans la pratique je crois qu'elle a été réduite de façon importante" (5).

(1) FOWLER D. : "The canadian Bill of Rights - a compromise between parliamentary and judicial supremacy", op. cit., p. 724.

(2) Rapport TREMBLAY, op. cit., p. 165. Ainsi, bien qu'il soit suprême à l'intérieur de sa propre sphère, le Parlement fédéral se trouve obligatoirement limité par la répartition des pouvoirs législatifs décrite aux articles 91 et 92 de l'A.A.N.B. de 1867.

(3) LEIGH L.H. : "The Indian Act, the supremacy of Parliament, and the equal protection of the laws", McGill L.J. 1970, vol. 16, p. 313.

(4) CAVALLUZZO P.J. : "Judicial review and the Bill of Rights : Drybones and its aftermath", op. cit., p. 513.

(5) Procureur Général du Canada v. Lavell et al. (1974) R.C.S. 1349, p. 1374.

Au commencement était Drybones. Dans cet arrêt, la Cour Suprême avait, nous l'avons vu, accepté l'inacceptable : s'appuyant sur les dispositions de l'article 2 de la Déclaration, la haute juridiction en concluait à l'invalidation de la loi fédérale. Que cette décision ait été le résultat d'une audace calculée ou d'une témérité insouciante, nul ne pouvait trancher. Toujours est-il, cependant, que le jugement prit de court tout le monde. Si les uns s'en félicitaient, les autres criaient au sacrilège : en jetant aux orties cette législation fédérale, le haut tribunal venait tout simplement de bafouer le vénérable principe de la souveraineté parlementaire (1). C'était en quelque sorte la victoire de la suprématie judiciaire sur la suprématie législative.

Quelque peu traumatisée par les implications considérables de l'arrêt Drybones sur le plan de la souveraineté parlementaire, la Cour Suprême faisait brusquement marche arrière avec l'affaire Lavell. Au-delà de toutes les justifications invoquées, la haute juridiction battait sa coulpe :

"La retraite de l'attitude positive adoptée dans Drybones, la plus clairement manifestée par l'arrêt Lavell est accompagnée par des déclarations qui montrent un fort sentiment de culpabilité judiciaire d'avoir goûté à ce qui est perçu comme le fruit défendu de la suprématie judiciaire" (2).

Ainsi, le jugement Lavell restaurait le Parlement dans la plénitude de ses compétences et condamnait indirectement à travers l'arrêt Drybones l'invasion abusive du domaine législatif parlementaire par le pouvoir judiciaire. Parce qu'elle en était venue à symboliser la notion de suprématie judiciaire, la jurisprudence Drybones bousculait véritablement l'ordre constitutionnel canadien fondé sur la primauté législative du Parlement. Le rétablissement d'une telle suprématie comme l'apaisement des consciences de la haute juridiction commandaient, dès lors, un coup d'arrêt à cette ouverture drybonienne. Pour soudaine qu'elle soit, l'approche restrictive de la Cour Suprême devient néanmoins "(...) compréhensible dans le contexte plus large d'une tradition juridique de suprématie parlementaire remontant

(1) FOWLER D. note à cet égard : "Telle qu'interprétée dans Drybones, la Déclaration des droits donne aux cours le pouvoir de renverser la législation parlementaire fédérale. Bien que le Parlement retienne théoriquement sa souveraineté et que les cours pourraient donc être considérées comme fonctionnant en agents de la législature, en pratique, la suprématie législative peut être sérieusement affaiblie puisque la Déclaration des droits n'est pas le genre de statut qu'un organe parlementaire pourrait facilement modifier ou abroger", ("The Canadian Bill of Rights : a compromise between Parliamentary and judicial supremacy", op. cit., p. 724).
cf. ibid. : TARNOPOLSKY W.S. : "The Canadian Bill of Rights", 1975, op. cit., p. 141.

(2) LYON J.N. : "The central fallacy of Canadian constitutional law", McGill L.J. 1976, vol. 22, p. 57.

à plus de cent ans et une Déclaration des droits statutaire vieille de moins de quatorze ans" (1).

L'accident Drybones reste un mauvais souvenir pour la haute juridiction canadienne et semble, en vérité, "(...) avoir créé un blocage mental (...)" (2) chez nombre de juges de la Cour. Tout porte à croire, en effet, que ces derniers ne peuvent dissocier l'application de la Déclaration de 1960 d'un inévitable empiètement sur le domaine législatif parlementaire. Soucieuse de mériter à nouveau son brevet de bonne conduite jurisprudentielle, le tribunal suprême garde trop en mémoire les réflexions de l'ex-professeur BEETZ pour songer à s'écarter à l'avenir de la jurisprudence Lavell :

"(...) si on laisse les tribunaux invalider les lois du Parlement sous prétexte qu'elles sont injustes ou immorales, si on permet aux juges de se faire les interprètes du droit naturel et de la morale ou même de règles aussi générales que celles des droits de l'homme, la suprématie de la règle de droit sur le Parlement pourra signifier, à toutes fins pratiques, la suprématie des juges sur le Parlement" (3).

En heurtant nécessairement l'obstacle de la suprématie législative du Parlement, la Déclaration canadienne des droits était condamnée à l'échec. Pourtant, cet insuccès de la loi de 1960 nous semble beaucoup plus imputable aux scrupules jurisprudentiels excessifs de la Cour Suprême qu'à l'obstacle réel de la souveraineté parlementaire. Aussi, analyser le contenu de la contestation de la suprématie législative par la Déclaration des droits revient à cerner la réalité juridique de ce document comme celle de la souveraineté parlementaire.

Il y aurait lieu, en effet, de souligner que l'assise juridique de la Déclaration des droits rend impossible l'invalidation de toute loi fédérale. Il ne faut pas oublier, à cet égard, que la Déclaration des droits reste, stricto sensu, un statut ordinaire du Parlement du Canada et sujet comme tel à n'importe quel moment à l'amendement ou à l'abrogation. Dès lors, la question est de savoir comment une loi fédérale menacée d'être amendée ou abrogée à tout instant par une simple majorité parlementaire pourrait invalider une loi de ce même Parlement ? Aussi paradoxal que cela puisse paraître, cette contradiction ne s'avère pas insurmontable :

(1) RATUSHINY Ed. : "Defence counsel and the canadian Bill of Rights - comment on Attorney General of Canada v. Lavell, Isaac et al. v. Bedard", op. cit., p. 272.

(2) LYON J. N. : "A progress report on the canadian Bill of Rights", D. L. J. 1976, vol. 3, p. 44.

(3) BEETZ J. : "Le contrôle juridictionnel du pouvoir législatif et les droits de l'homme dans la constitution du Canada", R. B. 1958, vol. 18; p. 372.

"Aussi, le simple fait que la Déclaration canadienne des droits puisse être amendée d'une manière ordinaire par le Parlement canadien, ne diminue en aucune façon son pouvoir d'invalidation pendant qu'il existe" (1).

Ce pouvoir potentiel d'invalidation à l'endroit de la législation fédérale se justifie dans la mesure où il donne au texte de 1960 toute son efficacité. Sans une telle disposition coercitive, la Déclaration des droits deviendrait inutile (2).

Par ailleurs, la réalité de la souveraineté parlementaire dans le contexte canadien ne nous paraît pas véritablement entamée par l'article 2 de la Déclaration. Loin d'être, en l'occurrence une "(...) chose sacro-sainte (...)" (3), le principe de la souveraineté parlementaire demeure, à notre avis, "(...) sauvegardé" (4). En effet, dans la mesure où elle se conforme à la Loi fondamentale, la législature fédérale peut voter n'importe quelle loi, même une loi qui à l'instar de la Déclaration des droits, imposerait une limitation aux propres prérogatives de cette législature. Par conséquent, si l'on appréhende le texte de 1960 comme l'expression d'une auto-diminution volontaire des pouvoirs législatifs du Parlement fédéral, il n'y a rien qui puisse faire obstacle à ce pouvoir d'invalidation.

La suprématie législative du Parlement demeure d'autant plus préservée que ce dernier peut préciser, si bon lui semble, que toute loi du Canada devra respecter la Déclaration des droits "(...) à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la Déclaration canadienne des droits (...)" (5). Dès lors, en faisant jouer la clause "nonobstant", le Parlement fédéral conserve discrétionnairement le droit de soustraire une loi qu'il estime nécessaire, à la juridiction de la Déclaration des droits. C'est dire que dans l'hypothèse de l'invalidation d'une loi fédérale, le Parlement pourrait "(...) changer l'effet d'une telle décision

(1) TARNOPOLSKY W.S. : "The canadian Bill of Rights from Diefenbaker to Drybones", op. cit., p. 454.

(2) BRUN H. note que "(...) si on lui reconnaît quelque valeur, (la Déclaration des droits) doit nécessairement affecter un ou des titres de compétence fédérale énoncés à l'Acte de l'Amérique du Nord britannique", ("De Drybones à Lavell à Canard : les joies du tango judiciaire", op. cit., p. 800).

(3) TARNOPOLSKY W.S. : "Témoignage devant le comité spécial mixte sur la constitution du Canada", Procès-verbaux, 5 novembre 1970, fascicule n° 8, p. 10.

(4) BEAUDOIN G.A. : "La Cour Suprême et la protection des droits fondamentaux", op. cit., p. 709.

(5) Article 2 de la Déclaration canadienne des droits.

en redonnant force de loi à la disposition grâce à la clause "nonobstante" de l'article 2 de la Déclaration des droits.

Donc, a contrario, en se refusant d'invoquer cette clause dans une législation fédérale donnée, le Parlement fédéral admet implicitement, du même coup, l'éventualité d'une invalidation de cette législation par la Déclaration des droits :

"Aussi, il n'y a aucune raison pourquoi la Déclaration canadienne des droits, jusqu'à ce qu'elle soit expressément abrogée ou amendée, ne prévaudrait pas sur une législation fédérale incompatible qui ne renferme pas la clause non obstante" (1).

En outre, en aucune manière, on ne saurait prétendre que la Cour Suprême entend, par le biais de l'application de la Déclaration des droits, se substituer à la législature fédérale. En effet, c'est le Parlement lui-même qui, en votant le texte de 1960, a voulu octroyer la possibilité pour le tribunal suprême de jouer un rôle accru dans le domaine de protection des libertés fondamentales. Par une telle dévolution de pouvoirs, le Parlement a ainsi estimé utile sinon nécessaire de renforcer la haute juridiction dans sa mission de défense des libertés publiques. Une telle mission ne pouvait, en la circonstance, menacer les prérogatives du Parlement puisqu'elle était dévolue à la Cour "(...) comme exercice valide de la souveraineté parlementaire à travers la promulgation de la Déclaration des droits" (2).

De fait, la Déclaration de 1960 sanctionne-t-elle l'ébauche d'un lien noué entre le principe de la suprématie législative et celui de la suprématie de la règle de droit. Certes, la Déclaration entérine un délestage des prérogatives parlementaires au profit de l'instance judiciaire. Mais ce transfert de pouvoirs ne saurait, en tout état de cause, être irrémédiable. Le principe de la souveraineté parlementaire demeure, en dernière analyse, sauf dans la mesure où le Parlement peut, de sa libre initiative, récupérer les pouvoirs concédés à la Cour Suprême en matière de libertés publiques.

Perçue comme une contestation manifeste de la suprématie parlementaire, la Déclaration canadienne des droits semble avoir incarné une sorte d'épouvantail pour la Cour Suprême. Face à cette loi fédérale éminemment

(1) SINCLAIR J.G. : "The Queen v. Drybones : the supreme court of Canada and the canadian Bill of Rights", op. cit., p. 604.

(2) KELLY I.F. : "The Bill of Rights, the Indian Act, and equality before the law : the need for, and the development of a "reasonableness" test", op. cit. p. 180.

ambiguë dans ses modalités d'interprétation (1), la haute juridiction, loin d'essayer d'en combler les lacunes, s'en est tenue à une politique d'abstention. A cet égard, le fait "(...) de refuser son application sous prétexte de cette imprécision et des difficultés qu'elle entraîne" (2) traduit, au-delà du respect de l'orthodoxie jurisprudentielle, l'attitude foncièrement timorée de la Cour Suprême quant à l'interprétation de la Déclaration des droits depuis le "dérapage" de l'arrêt Drybones (3).

(1) TARNOPOLSKY W.S. remarque que l'ambiguïté des termes de la Déclaration des droits a sans aucun doute pesé sur l'attitude jurisprudentielle de la Cour Suprême à son endroit : "(...) notre Cour Suprême n'avait pas de direction évidente pour évaluer si des actes législatifs ou administratifs sont en contravention avec la Déclaration des droits, ni une direction évidente pour considérer de tels actes incompatibles inopérants ou invalides", ("The supreme court and the canadian Bill of Rights", op. cit., p. 653).

(2) SAMSON J.K. : "La déclaration canadienne des droits : une interprétation nouvelle ?"; op. cit., p. 364.

(3) TARNOPOLSKY W.S. souligne justement que l'on ne peut présentement conclure que la défection de la haute juridiction à l'égard de la Déclaration des droits fait de cette dernière un "(...) instrument inefficace". Il est, estime-t-il, encore beaucoup trop tôt pour apprécier sérieusement le comportement jurisprudentiel de la Cour vis-à-vis du document de 1960. (cf. "The supreme court and civil liberties", A.L.R. 1976, vol. 14, p. 81).

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

Prétendre poser un jugement définitif sur l'oeuvre jurisprudentielle de la Cour Suprême du Canada depuis l'abolition des appels au Comité Judiciaire du Conseil Privé serait pour le moins présomptueux. Pourtant, si cette période de quelques trente années s'avère manifestement trop courte pour dégager une cohérence globale de sa jurisprudence, elle s'avère néanmoins suffisamment riche pour permettre de tracer certaines de ses grandes orientations.

A cet égard, l'orientation prise par la haute juridiction dans le domaine des libertés fondamentales reste remarquable, tant de par son contenu que par les implications au plan constitutionnel. Toutefois, si l'unanimité se réalise pour estimer que la Cour Suprême a joué un rôle non négligeable en la matière, de grandes divergences surgissent quant à l'évaluation de son impact jurisprudentiel sur le fédéralisme canadien. C'est, en substance, se demander dans quelle mesure cette "(...) cour tranquille (...)" (1) a-t-elle pu secouer le joug jurisprudentiel du tribunal londonien et répondre ainsi aux espérances centralisatrices des abolitionnistes de 1949.

L'analyse que nous avons menée des principaux arrêts de la Cour Suprême depuis son accession à la magistrature suprême nous apporte, en la circonstance, des éléments de réponse. En effet, la démarche jurisprudentielle du haut tribunal canadien montre jusqu'à quel point son identité s'est essentiellement cristallisée par réaction autour d'un renforcement sensible des prérogatives du Parlement fédéral au détriment de l'autonomie provinciale. Cette appréciation ne reflète pas, d'évidence, un consensus général sur la question.

Ainsi, plusieurs individualités doctrinales contestent fermement ce point de vue en considérant que l'avènement de la Cour Suprême au rang

(1) CHEFFINS R.I. : l'auteur intitule un de ses articles : "The supreme court of Canada : the quiet court in an unquiet country", op. cit., p. 259.

de dernière instance n'a pas provoqué d' "(...) altérations drastiques (...)" (1) en matière d'interprétation jurisprudentielle par rapport au Comité londonien. D'autres rendent hommage aux efforts de la Cour Suprême pour tenter d'assouplir la rigidité de la répartition des compétences. La haute juridiction, relèvent d'aucuns, "(...) n'a pas rompu avec le passé ni a révélé une insensibilité aux tendances générales. Elle a cependant introduit une flexibilité nouvelle dans les questions de jugement constitutionnel" (2). De fait, l'évolution jurisprudentielle de la Cour dans le domaine de la délégation témoigne de sa volonté de rendre la structure fédérale canadienne plus perméable aux interactions entre les deux ordres de gouvernement. Cependant, loin d'être neutre, cette politique jurisprudentielle en matière de délégation participe d'un désir implicite d'intégrer les provinces fédérées dans l'ordre politique et économique du gouvernement central.

C'est dire, dès lors, combien les tentatives déployées par la Cour Suprême pour assouplir le fédéralisme canadien procèdent de la même finalité centralisatrice. De fait, le haut tribunal n'a pas hésité à recourir, dans sa panoplie constitutionnelle, à d'autres armes redoutables pour laminer les compétences provinciales.

Des références plus fréquentes, à cet égard, à la théorie des dimensions nationales ou de l'urgence nationale comme l'interprétation favorable à Ottawa des clauses relatives à la réglementation des échanges et du commerce ou au droit criminel, ont trahi indubitablement un glissement centralisateur réel. Aussi, n'est-il pas exagéré de souligner que "dans l'ensemble, les décisions rendues par la Cour Suprême depuis 1949 ont fortement favorisé le pouvoir central" (3). On retrouve, paradoxalement, ce même sentiment chez des auteurs anglo-canadiens qui relèvent la générosité jurisprudentielle de la Cour Suprême à l'égard du Parlement fédéral :

"Il peut s'avérer exact que dans la période suivant 1949, les législatures provinciales ont certainement eu plus d'actes invalidés

(1) WEILER P.C. : "The supreme court and the law of canadian federalism", op. cit., p. 361.

cf. ibid. CROIZAT M. : "En réalité, les décisions de la Cour Suprême n'allaient pas provoquer de revirement important dans la jurisprudence antérieure", ("Le fédéralisme canadien et l'autonomie du Québec", op. cit., p. 207).

(2) LEIGH L.H. : "The supreme court and the canadian constitution", op. cit., p. 335.

(3) BROSSARD J. : "La Cour Suprême et la constitution - le forum constitutionnel du Canada", op. cit., p. 204. cf. ibid., p. 172 et 244.

cf. ibid. MALLORY J.R. : "(la Cour Suprême" dans ses deux premières décennies en tant qu'interprète ultime de la constitution canadienne, a commencé à développer une interprétation plus généreuse du pouvoir fédéral (...)", ("The structure of canadian government", MacMillan of Canada, Toronto, 1971, p. 354).

par la Cour Suprême que n'en a eu le Parlement fédéral" (1).

Ce remodelage centralisateur du régime fédéral canadien se trouve, à cet égard, confirmé par diverses études statistiques. L'une des plus récentes réalisée par le professeur GIBSON révèle sans ambiguïté l'infléchissement jurisprudentiel de la haute juridiction en faveur du Parlement fédéral. Toutefois, cette densité jurisprudentielle centralisatrice demeure hétérogène dans sa continuité. En effet, il y a lieu de remarquer une certaine rupture dans l'évolution jurisprudentielle de la Cour Suprême entre la décennie 1950 et la décennie 1960.

Les années 1950 manifestent incontestablement une forte inclination centralisatrice de la jurisprudence de la Cour dans le domaine constitutionnel. Ce courant jurisprudentiel semble avoir été d'autant plus puissant qu'il se développait, par réaction, "(...) à l'excessif provincialisme montré par certaines décisions antérieures du Conseil Privé" (2). Le comportement du tribunal suprême dans son interprétation constitutionnelle de l'A.A.N.B. de 1867 a contribué, ainsi, à l'élargissement du champ des prérogatives fédérales :

"Chaque attaque contre une juridiction revendiquée par le fédéral a été rejetée au cours de cette période alors que la juridiction provinciale a été attaquée avec succès dans 53 % des causes (...)" (3).

Avec la décennie 1960, une mutation s'opère dans l'attitude jurisprudentielle de la Cour Suprême dans l'interprétation du partage des compétences entre les deux ordres de gouvernement. De fait, assiste-t-on à cette

(1) RUSSELL P.H. : "The supreme court of Canada as a bilingual and bicultural institution", op. cit., p. 46.

cf. SMILEY D.V. : "(La Cour Suprême) a montré une certaine disposition à conférer une portée plus étendue au pouvoir fédéral (...)", ("Canada in question - federalism in the seventies", op. cit., p. 24).

cf. STANLEY G.F.G. : l'auteur voit dans la jurisprudence constitutionnelle de la Cour Suprême depuis 1949 "(...) une approche plus disposée à l'égard du centralisme (...)", ("A short history of the canadian constitution", op. cit., p. 171).

(2) GIBSON D. : "And one step backward : the supreme court and constitutional law in the sixties", op. cit., p. 638.

(3) GIBSON D., *ibid.*, p. 627.

cf. WEILER P.C. : "Dans les années 1950, la Cour Suprême trancha réellement contre les provinces dans 8 arrêts sur 14 (...)", ("The supreme court and the law of canadian federalism", op. cit., p. 362).

époque à "une expansion considérable de la juridiction législative provinciale (...)" (1). Cependant ce constat mérite d'être nuancé. Les législatures provinciales, en effet, ne se sont vu reconnaître une plus large compétence juridictionnelle que dans la mesure où leurs activités n'interféraient pas avec la législation fédérale. Si la Cour Suprême fait preuve indiscutablement d'une plus grande tolérance à l'endroit des pouvoirs provinciaux, celle-ci reste encadrée dans des limites strictes :

"(...) la cour fut également peu disposée pendant les deux périodes à rejeter la juridiction revendiquée par les autorités fédérales, rejetant une prétention juridictionnelle fédérale une fois seulement au cours des vingt années et ne déclarant jamais une loi fédérale ultra vires", (2).

Ainsi, au-delà des nuances jurisprudentielles sensibles qui ont pu différencier les deux décennies, force est de constater une dominante centralisatrice dans la jurisprudence constitutionnelle du haut tribunal pour l'ensemble de cette période. Dans la logique du fédéralisme canadien, cette tendance jurisprudentielle devrait normalement se poursuivre et s'amplifier. Toutefois, des indices jurisprudentiels tous récents sembleraient démentir une telle évolution.

A cet égard, dans l'affaire Vapor Canada (3), la haute juridiction canadienne rendait un jugement retentissant : pour la première fois depuis

(1) GIBSON D., *ibid.*, p. 626.

cf. PELLETIER C. : "Durant les dix dernières années, soit de 1959 à 1968, la Cour Suprême a rendu trente quatre décisions constitutionnelles, dont vingt à tendance provinciale et quatorze à tendance fédérale", ("Les jeux de la cour", R.J.T. 1971, p. 173).

cf. WEILER P.C. : "Le courant a tourné quelque peu depuis 1960 puisque la législation provinciale a été soutenue dans 16 sur 23 décisions" (*ibid.*, *supra*, p. 362).

(2) GIBSON D., *ibid.*, p. 625.

cf. OUELLETTE Y. : l'auteur note que depuis l'abolition des appels au Comité Judiciaire, le pourcentage des arrêts favorables au gouvernement fédéral dans le domaine constitutionnel est passé de 51,3 % à 56,9 % sur un total de 51 décisions rendues par la Cour Suprême entre 1949 et 1965. (cf. "Le comportement de la Cour Suprême en matière constitutionnelle", Etude inédite remise en 1967 au Comité de la constitution).

cf. RUSSELL P.H. : l'auteur soulignait en 1975 qu' "aucune loi fédérale n'a été déclarée ultra vires à l'A.A.N.B. depuis 1949. Vingt législations provinciales ont été déclarées ultra vires entre 1949 et 1972", ("A political scientist's view", O.H.L.J., 1975, vol. 13, p. 299).

(3) MacDONALD et al. v. Vapor Canada ltd et al. (1976) 22 C.P.R. (2d) 1.

1949, la Cour Suprême invalidait une loi fédérale. En osant ainsi commettre ce "sacrilège", la Cour semble s'être débarrassée de ses complexes à l'endroit du Parlement fédéral. A coup sûr, cette décision fait figure de symbole et autorise de nouvelles perspectives jurisprudentielles. Par ailleurs, la théorie des dimensions nationales perd, dans l'avis rendu sur la validité de l'Acte anti-inflation (1) une audience certaine auprès de la majorité des juges du tribunal suprême. Enfin, l'arrêt Di Iorio (2) a été une occasion pour la Cour de rappeler fort salutairement les prérogatives intangibles des provinces canadiennes dans le domaine du droit criminel.

Novatrices par leurs dimensions jurisprudentielles, ces quelques décisions sont dans l'immédiat trop isolées pour présumer un changement radical de l'interprétation de la répartition des compétences. Elles ne sauraient, en tout état de cause, être suffisantes pour réhabiliter la Cour Suprême devant les provinces (3).

En effet, en bâtissant son identité jurisprudentielle sur une augmentation des pouvoirs fédéraux, la haute juridiction canadienne s'est disqualifiée en tant qu'instance arbitrale suprême aux yeux des provinces et en particulier du Québec. C'est dire, en définitive, combien une telle jurisprudence à tonalité centralisatrice a pu alimenter la contestation de la légitimité de la Cour Suprême.

(1) Renvoi relatif aux questions soumises par le gouverneur en conseil sur la validité de la loi anti-inflation (1976) R. C. S. 373.

(2) Di Iorio N. & Fontaine G. v. Commission d'enquête sur le crime organisé de la ville de Montréal (1976 8, N. R. 361.

(3) Avec la toute récente décision éminemment centralisatrice rendue dans l'arrêt Capital Cities Communications v. Conseil de la radio-télévision canadienne (1977) (non publié), la Cour Suprême décidément "toujours penchée du même côté" selon l'image célèbre de M. DUPLESSIS, a déclaré inconstitutionnelle la réglementation québécoise sur la cablodistribution à une majorité des six juges anglophones contre les trois juges québécois ... Ce jugement devait soulever l'ire compréhensible du Premier ministre québécois, M. R. LEVESQUE : "(...) Ce n'est pas la première fois que la Cour Suprême devient, en quelque sorte, le bras judiciaire de la puissance fédérale dominante. Le jugement des six juges anglophones illustre mieux que tout autre événement la situation parfaitement inacceptable dans laquelle se trouve le Québec au sein du régime actuel. (Quand un tribunal constitutionnel) réagit selon une ligne de partage culturel aussi brutale, il me semble que c'est là que se trouve potentiellement un danger pour la santé démocratique de notre société", ("Levesque flétrit le jugement de la Cour Suprême", Le Devoir, 2 décembre 1977, p. 1).

DEUXIEME PARTIE

LA CONTESTATION DE LA LEGITIMITE
DE LA COUR SUPREME DU CANADA

Une légitimité est ou elle n'est pas. Elle ne saurait se discuter car toute véritable légitimité s'impose sans appel. Il pourrait apparaître singulier sinon paradoxal que la Cour Suprême du Canada se voit contestée dans sa légitimité d'instance arbitrale de dernier ressort au sein du fédéralisme canadien, alors que depuis 1949 une loi du Parlement d'Ottawa l'a consacrée comme définitivement suprême.

Toutefois, si l'on s'en réfère aux circonstances historiques qui ont présidé à la création de la Cour Suprême, on ne peut manquer de remarquer les raisons susceptibles d'entraver l'établissement d'une telle légitimité. En effet, l'absence d'un statut constitutionnel était d'autant plus à même de miner le prestige de la Cour Suprême que sa juridiction arbitrale s'exerçait au sein d'une structure fédérale traversée par les tensions provoquées par la cohabitation de deux communautés ethniques et culturelles différentes : la communauté anglophone et la communauté minoritaire francophone.

A cet égard, la vulnérabilité de la Cour Suprême s'avérait excessivement importante, dans la mesure où de par son rôle arbitral entre les deux communautés, elle se plaçait au coeur même d'une interaction conflictuelle. Handicapée par une assise juridique suspecte, initiatrice d'un remodelage centralisateur du partage des compétences entre l'Etat fédéral et les provinces fédérées, la Cour Suprême du Canada ne pouvait échapper à la critique méfiante des autorités provinciales qui entendent défendre leur souveraineté contre une Cour considérée par le Québec en particulier comme le cheval de Troie du gouvernement fédéral.

C'est dire qu'aux yeux des autorités québécoises dans un tel contexte toute éventuelle quête de légitimité par la Cour Suprême est vouée d'avance à l'échec. Otage des autorités fédérales, cette dernière ne saurait, en tout état de cause, être regardée comme une instance arbitrale neutre. Pour les autorités québécoises, il ne fait aucun doute que l'histoire de la Cour Suprême du Canada se confond intimement avec les arrières-pensées centralisatrices du gouvernement d'Ottawa et la soudaine centralisation du fédéralisme canadien à partir de 1949 ne saurait être interprétée, dans leur esprit, comme une coïncidence. On réalise, dès lors, pourquoi les dirigeants québécois entendent remettre vigoureusement en cause la crédibilité constitutionnelle de la Cour Suprême du Canada en tant qu'instance judiciaire arbitrale dans le fédéralisme canadien.

TITRE I

LA MISE EN CAUSE DE LA CREDIBILITE

CONSTITUTIONNELLE DE LA COUR SUPREME DU CANADA

L'attitude foncièrement défiante de la Province de Québec à l'endroit de la Cour Suprême du Canada participe de l'amère constatation selon laquelle depuis sa consécration au rang d'instance arbitrale suprême, la Cour a influé d'une manière sensiblement centralisatrice sur l'évolution du fédéralisme canadien (1). Sans vouloir se crisper seulement sur les traumatisantes décisions centralisatrices rendues par la Cour dans les années 1950, les milieux juridiques québécois sont unanimes à considérer que dans l'ensemble de son oeuvre jurisprudentielle, la Cour Suprême "(...) n'a pas manifesté la même préoccupation qu'avait le Conseil Privé de maintenir l'équilibre des forces en protégeant l'autonomie provinciale" (2). On retrouve le même écho chez un auteur comme BROSSARD qui note que "depuis 1949 (...) plusieurs de la plupart des récentes décisions de la Cour ont été particulièrement favorables au gouvernement central et dangereuses pour les gouvernements provinciaux" (3). Une telle attitude jurisprudentielle de la Cour Suprême était de nature à la rendre hostile aux autorités québécoises.

(1) RYAN C. : "Depuis plusieurs années, le Québec a d'ailleurs refusé de faire trancher par la Cour Suprême les grands litiges qui l'opposaient au gouvernement fédéral. Outre qu'il penchait nettement vers une approche politique, c'est-à-dire négociée, il n'a jamais eu vraiment confiance en l'aptitude de la Cour Suprême, sous sa forme actuelle, à formuler des arbitrages qui assureraient dans sa totalité la réalité qui sous-tend les grands litiges constitutionnels", ("Le fédéralisme face au pluralisme ethnico-culturel : la culture (Québec)", Travaux du douzième colloque international de droit comparé, Ottawa 1974, Editions de l'Université d'Ottawa, 1976, p. 91).

cf. FARIBAULT M. : "l'auteur souligne le "(...) discrédit dans lequel les Québécois tiennent la Cour Suprême, convaincus d'expérience que ce tribunal, dont tous les membres sont nommés par le gouvernement fédéral, prendrait fait et cause pour celui-ci", ("Le Fédéralisme", Travaux et communications, Académie des Sciences Morales et politiques, Montréal, Ed. Paulines, 1973, p. 163).

(2) OUELLETTE Y. : "La Cour Suprême du Canada en tant qu'institution politique", op. cit., p. 43.

(3) BROSSARD J. : "The supreme court and the constitution", op. cit., p. 3.

SOUS - TITRE I

L'HOSTILITE DU QUEBEC A L'EGARD DE LA COUR SUPREME

L'hostilité des autorités québécoises vis-à-vis de la Cour Suprême était à la mesure de la satisfaction qu'elles avaient à l'égard de la jurisprudence du Conseil Privé. De fait si l'abolition de ce dernier fut saluée comme une grande victoire par les partisans d'un accroissement des pouvoirs fédéraux, elle ne souleva aucun enthousiasme dans la Province de Québec. Cette dernière, en effet, avait toujours su reconnaître dans l'apport jurisprudentiel du Comité Judiciaire du Conseil Privé le souci louable de rectifier le partage des compétences voulu par les Pères de la Confédération dans une optique plus fédéraliste. Réfutant la thèse selon laquelle le Conseil Privé aurait prétendument trahi l'esprit de l'A.A.N.B. de 1867, nombre sont les juristes québécois à penser que "(...) ce tribunal a contribué à renforcer l'autonomie des provinces et à équilibrer une constitution qui, sur papier, a un caractère hautement centralisé et contient plus d'un trait d'un Etat unitaire" (1). De fait, il est certain qu'en s'attachant à favoriser "(...) un équilibre fédératif qui n'existait pas dans la constitution plutôt que le renforcement d'un des deux ordres de gouvernement au détriment de l'autre" (2), le Conseil Privé ne pouvait que s'attirer les sympathies des dirigeants québécois soucieux de préserver leur autonomie provinciale contre tout empiètement fédéral.

Il n'était, dès lors, pas surprenant, qu'à l'inverse des détracteurs du tribunal londonien, les milieux dirigeants du Québec se félicitent que le Conseil Privé ait été à même d' "(...) empêcher le régime constitutionnel canadien d'évoluer vers l'union législative et d'avoir au contraire transformé une constitution quasi-unitaire en constitution fédérale" (3). On réalise ainsi pourquoi la préservation des appels au Comité Judiciaire du Conseil Privé était considérée par la Province de Québec comme une garantie d'autonomie et c'est, à cet égard, notait le professeur BEETZ, "(...) sans enthousiasme que beaucoup de Québécois ont accueilli leur abolition (...)" (4).

(1) BEAUDOIN G.A. : "Le système judiciaire canadien".

(2) BROSSARD J. : "La Cour Suprême et la constitution - le forum constitutionnel du Canada", op. cit., p. 174.

(3) BROSSARD J. : *ibid.*, p. 188.

(4) BEETZ J. : "Les attitudes changeantes du Québec à l'endroit de la constitution", op. cit., p. 120.

Si l'éviction du Conseil Privé de la scène judiciaire canadienne fut ressentie avec une certaine amertume par le Québec, il serait toutefois inexact de faire coïncider la naissance de l'hostilité québécoise à l'endroit de la Cour Suprême lorsque celle-ci fut intronisée comme instance judiciaire fédérale de dernier ressort. En effet ce sentiment de méfiance des milieux québécois remonte beaucoup plus loin dans la mesure où son émergence est intimement liée aux circonstances qui ont présidé à la fondation même de la Cour Suprême.

CHAPITRE I : LA FONDATION DE LA COUR SUPREME

Il ne serait guère exagéré de comparer la fondation de la Cour Suprême du Canada à un "accouchement législatif" laborieux. En effet ce n'est que presque dix ans après la rédaction de l'A.A.N.B. que cette instance judiciaire vit le jour après de significatifs attermolements parlementaires. Pourtant l'éventualité de la création d'une Cour Suprême du Canada n'avait pas été absente des débats sur la Confédération et à cet égard l'article 101 de l'A.A.N.B. prévoyait qu' "(...) au besoin (...)" (1) le Parlement du Canada pourrait prendre toute mesure afférant à l'institution et l'organisation d'une Cour générale d'appel pour le Canada.

Par le caractère volontairement flou de cette disposition, il s'avérait de toute évidence que la Province de Québec n'avait entériné que du bout des lèvres la fondation future d'une telle instance judiciaire. C'est dire qu'au-delà du compromis provisoire illustré par le ton prudent de l'article 101, se dévoilait une divergence profonde des points de vue entre les autorités fédérales et les dirigeants du Québec. De fait, face aux ambitions du gouvernement d'Ottawa de créer une véritable Cour nationale d'appel susceptible de coiffer l'ensemble des juridictions provinciales du Canada, les dirigeants québécois discernaient clairement le danger que pouvait encourir leur propre autonomie à travers l'érection d'une institution judiciaire se rattachant beaucoup plus à une certaine idéologie nationaliste qu'à une démarche véritablement fédéraliste.

On découvre ainsi que faute de réunir un consensus de la part de toutes les parties intéressées, la fondation de la Cour Suprême du Canada fut perçue dès 1865 comme une question conflictuelle délicate. En effet, lors des débats sur la Confédération, Sir John A. MacDONALD était parfaitement conscient de l'enjeu de cette question lorsque ce dernier laissait tomber d'un ton circonspect :

(1) Article 101 de l'A.A.N.B. de 1867.

Toutefois cet article n'avait qu'une portée limitée puisque l'article 129 maintenait le droit d'appel des provinces au Comité Judiciaire.

"La constitution ne pourvoit pas à l'établissement de cette cour, en faveur de laquelle et contre laquelle il existe beaucoup de motifs (...)" (1).

Il devenait, par conséquent, évident qu'une telle opposition d'intérêt était de nature à entraver le cheminement du projet de loi portant création de cette juridiction de dernier ressort. Supportée par les uns, contestée par les autres, la Cour Suprême du Canada était condamnée à "(...) un début quelque peu incertain" (2).

Les prémisses de l'établissement de la Cour Suprême se situent lors de la réunion des deux conférences préparatoires de la Confédération à Québec et à Londres. Ainsi en 1864 l'article 29 des résolutions de Québec suggérait que "le Parlement général aura le pouvoir pour passer les lois (...) respectant (...) 34) l'établissement d'une Cour générale d'appel pour les provinces fédérées" (3). Par ailleurs, les résolutions de Londres de 1866-67 permettaient d'aboutir à la rédaction finale d'un projet de loi relatif à l'institution d'une Cour générale d'appel. L'article 103 de ce projet final prévoyait en effet qu' "un Acte du Parlement du Canada peut (...) fournir à la constitution l'établissement et l'organisation d'une Cour générale d'appel pour le Canada(...)" (4).

Déjà durant les débats consacrés au projet de confédération, le désaccord de la part des représentants québécois était patent en ce qui concernait l'établissement d'une cour fédérale dotée, selon eux, de trop vastes prérogatives susceptibles de menacer les droits provinciaux. A cet égard, l'honorable A.A. DORION répétait avec force qu'il ne voyait en cette cour générale d'appel "(...) aucune protection pour nos intérêts, comme Bas-Canadiens, dans la Constitution des pouvoirs politiques et judiciaires" (5). M. Henri E. TASCHEREAU soulignait, par ailleurs, non sans justesse, que "(...) les bas-Canadiens seront certainement moins satisfaits des décisions d'une Cour d'appel fédérale que des décisions du Conseil Privé de Sa Majesté" (6).

(1) Débats Parlementaires sur la question de la Confédération des Provinces de l'Amérique du Nord britannique. 1865, 3ème session, 8ème Parlement Provincial du Canada, p. 41.

(2) LASKIN B. : "The supreme court of Canada : the first one hundred years - a capsule institutional history", R.B.C. 1975, vol. 53, p. 460.

(3) POPE J. : "Confederation documents", Toronto, Carswell, 1895, p. 237.

(4) POPE J. : "Confederation documents", op. cit., p. 237.

(5) Débats sur la Confédération, 1865, op. cit., p. 861.

(6) Ibid., p. 897.

Cette contestation ouverte de l'utilité d'une Cour Suprême par les autorités de la Province de Québec rendait, de ce fait, une telle création hypothétique. Face à une opposition de la sorte aussi déterminée, le gouvernement fédéral utilisa la tactique des ballons d'essais, suffisamment souple pour éviter toute rupture irrémédiable sur ce problème.

Aussi, dès le 21 mai 1869, Sir John MacDONALD présentait à la Chambre des Communes un "projet de loi pour l'établissement d'une Cour Suprême du Canada". L'instance judiciaire devait être composée d'un Juge en Chef et de six autres juges. Elaborée dans un esprit de compromis, cette tentative se voulait pragmatique dans la mesure où la création de la Cour ne remettait pas en cause le droit des appels au Comité Judiciaire du Conseil Privé. Ce projet de loi n'eut aucune suite, sans doute comme l'avouait MacDONALD, parce qu'il incarnait "(...) beaucoup plus une optique de suggestion et de considération qu'une mesure finale que le Gouvernement souhaitait qu'elle devienne loi" (1). Un nouveau projet de loi fut déposé au Parlement d'Ottawa le 18 mars 1870. Ce dernier se solda par un échec dû essentiellement à la question du droit d'appel au Conseil Privé (2).

Ce n'est finalement qu'en 1875 que les autorités fédérales arrachèrent la majorité requise pour l'institution de la Cour Suprême. En effet, le ministre de la Justice du gouvernement MacKENZIE, l'honorable Téléphore FOURNIER saisit le Parlement d'un nouveau projet de loi en vue d' "établir une Cour Suprême et une Cour d'Echiquier pour la puissance du Canada" (3). Lors du discours du trône, ce projet de loi fut décrit comme revêtant un caractère "(...) essentiel à notre système de jurisprudence et au règlement des questions constitutionnelles" (4). Plusieurs députés canadiens français ne manquèrent pas de s'opposer à l'adoption d'un projet de loi de nature à porter préjudice aux intérêts de la Province. De fait, après avoir réaffirmé que le Québec s'était "(...) toujours opposé à la création d'une cour de cette nature" (5), l'honorable député M. MOUSSEAU estimait, en outre, "(...)

(1) Dominion Parliamentary Debates, 1870, p. 523. Le projet de 1869 prévoyait que la cour générale d'appel, en plus de pouvoir trancher les conflits entre l'Etat fédéral et les Etats provinciaux, serait dotée d'une juridiction exclusive quand toute loi provinciale ou fédérale s'avèrerait constitutionnellement litigieuse,

(2) Ce projet de loi aurait permis, en substance, au gouvernement fédéral de requérir l'opinion de la Cour Suprême sur tout problème de droit constitutionnel relevant tant de matières fédérales que provinciales.

(3) Statuts révisés du Canada 1875, 38 Vict. ch. 11, p. 71.

(4) Débats de la Chambre des Communes du Canada, vol. I, session de 1875, p. 3.

(5) Débats de la Chambre des Communes du Canada, session de 1875, l'honorable M. MOUSSEAU, p. 977.

qu'elle serait parfaitement inutile" (1) dans la mesure où le droit d'appel au Conseil Privé était sauvegardé par le projet de loi. L'ardeur de l'opposition des représentants du Québec ne suffit pas, néanmoins, pour empêcher ce projet de loi d'être adopté par la Chambre des Communes en avril 1875.

Pourtant, loin de diminuer avec le vote de ce projet, les critiques, émanant de politiciens et d'hommes de loi, à l'encontre de cette nouvelle institution judiciaire, prirent une ampleur considérable. De fait la Cour Suprême prenait "(...) un mauvais départ (...)" (2) dans la mesure où celle-ci lors des trois premières décades de son existence fut continuellement "(...) l'objet de critique, et rarement sinon jamais la bénéficiaire de louange" (3). Même ceux pour qui une telle Cour générale d'appel était un élément indispensable de la pyramide judiciaire de la Confédération, furent obligés de reconnaître rapidement que l'établissement de la Cour avait été loin d'être "(...) un succès complet et qu'il était nécessaire de rechercher les moyens pour la renforcer" (4).

Cette opposition se matérialisa dès le 21 avril 1879 avec le débat parlementaire relatif à un projet de loi, soutenu par l'honorable Joseph KEELER, tendant à abolir la Cour Suprême. Le mécontentement québécois avait fait tache d'huile et c'est à une fronde de mécontents venant de divers horizons que Sir John A. MacDONALD dut faire face. Par ailleurs il est significatif que la contestation de la Cour Suprême se soit développée à travers des arguments matériels concrets de nature à frapper les Parlementaires plutôt que sur des motifs véritablement constitutionnels. Ainsi, l'honorable M. HAGGART considérait cette institution "(...) comme entièrement inutile et beaucoup trop dispendieuse" (5). Quant à l'honorable M. McCARTHY, il était clair que la création de la Cour s'avérait un échec car, à ses yeux, celle-ci n'avait "(...) pas répondu à l'objet pour lequel elle a été créée (...)" (6).

(1) Ibid., p. 978.

Le ministre de la Justice, l'honorable M. FOURNIER s'opposa, à cet égard, à toute forme d'abolition du droit d'appel au Comité Judiciaire : "(...) je soutiens, et l'esprit de la conférence de Québec l'indique, que l'appel au Comité Judiciaire du Conseil Privé de Sa Majesté doit toujours exister, même si la Cour en question est établie" (p. 799).

(2) MacKINNON F. : "The establishment of the supreme court of Canada", op. cit., p. 269.

(3) RUSSELL P.H. : "The supreme court of Canada as a bilingual and bi-cultural institution", op. cit., p. 17.

(4) RUSSELL P.H. : *ibid.*, p. 17.

(5) Débats de la Chambre des Communes du Canada, session de 1879, vol. 2. Bill à l'effet d'abroger les actes relatifs à la Cour Suprême et de l'Echiquier. p. 1393.

(6) Ibid., p. 1397.

Face à cette levée de boucliers, le gouvernement fédéral eut la sagesse et l'habileté de récupérer le mouvement contestataire en avançant le caractère trop récent de l'expérience. L'honorable Sir A. MacDONALD déclarait à ce sujet :

"On peut prétendre peut-être que sa création a été prématurée et que le fonctionnement en est dispendieux, néanmoins c'est un des tribunaux reconnus du pays et il a été passé dans les différentes provinces beaucoup de lois qui en supposent l'existence. Il faut donc la maintenir et l'entourer de tout le prestige que le Parlement peut lui donner, jusqu'à ce qu'une longue expérience de plusieurs années ait établi que l'intérêt du pays demande son abolition" (1).

Le projet de loi s'enlisa dans un débat de procédure et n'eut aucune suite. Cet échec ne freina point toutefois la détermination des détracteurs de la Cour Suprême. L'année suivante, en effet, un projet de loi semblable était à l'ordre du jour du Parlement. D'aucuns firent à nouveau valoir qu'un tribunal aussi onéreux n'avait aucune "(...) raison d'être" (2) d'autant plus que jusqu'à ce jour il n'a, concluait l'honorable M. MOUSSEAU, "(...) satisfait personne" (3). De son côté, impertubablement, Sir John A. MacDONALD prônait un attentisme compréhensif plus conciliant que convaincant :

"Cependant nous l'avons maintenant cette cour, concluait-il, et je crois que nous devrions nous efforcer d'en tirer le meilleur parti comme tribunal fédéral" (4).

Tout au long de ce débat où la question des appels au Conseil Privé ne souleva nulle controverse, Edouard BLAKE vint à la rescousse des positions du gouvernement fédéral en mettant curieusement l'accent sur la nécessité d'une Cour nationale "(...) qui puisse décider les diverses contestations auxquelles la constitution fédérale donnera certainement naissance" (5). Finalement ce projet de loi fut rejeté par un vote de 148 voix contre 29 et sonnait en quelque sorte le reflux de l'opposition nourrie à l'égard de la Cour Suprême. De fait, quelques combats sporadiques d'arrière-garde s'attachèrent au cours des quatre années suivantes de ranimer le débat sur l'utilité de la Cour Suprême. Mais la conviction n'y était plus et aucun des projets de loi à cet effet déposés par Auguste LANDRY ne dépassera le stade de la

(1) Ibid., p. 1392.

(2) Débats de la Chambre des Communes du Canada, session de 1880, vol. I. Bill à l'effet d'abroger les actes constituant les Cours Suprême et de l'Echiquier, p. 234.

(3) Ibid., p. 248.

(4) Ibid., p. 238.

(5) Ibid., p. 250.

première lecture. Manifestement, "(...) la question de l'abolition était une question enterrée" (1).

En fin de compte le principe de la fondation d'une Cour Suprême fédérale était sauvegardé mais cette dernière sortait affaiblie de cette épreuve dans la mesure où l'hostilité du Québec conjuguée à d'autres courants d'opposition avait contribué à saper son autorité. La Cour survivait mais "(...) dans une condition très affaiblie" (2). Handicapée par une création jamais fondamentalement acceptée par les milieux québécois et par ailleurs n'ayant soulevé dans l'opinion publique canadienne aucune "(...) mesure significative d'enthousiasme ou de respect (...)" (3) à son endroit, la Cour Suprême du Canada avait, dès lors, à gagner la bataille de la reconnaissance. A cet égard, si pour les observateurs il fallut une dizaine d'années à la Cour pour "(...) gagner la confiance (...)" (4) des hommes de loi canadiens, cela ne signifiait pas pour autant que ces derniers lui reconnaissaient une quelconque autorité.

Toutefois, si les débats parlementaires de 1875 et de 1949 reflètent une égale hostilité de la Province de Québec à l'égard de la Cour Suprême, les raisons mêmes de cette hostilité ont évolué entre ces deux périodes.

On remarque, en effet, que tout au long des controverses politiques relatives à la création de la Cour Suprême, l'hostilité du Québec se fondait essentiellement sur la critique de l'opportunité d'une telle instance judiciaire. En d'autres termes, les dirigeants québécois insistaient globalement sur l'inutilité de la Cour. Leur analyse, à cet égard, était juste dans la mesure où l'on était en droit de se demander de quelle autorité aurait pu se prévaloir la Cour Suprême. C'est donc sur la faiblesse institutionnelle de celle-ci causée par la préservation des appels au Comité Judiciaire du Conseil Privé, que s'était cristallisée l'opposition québécoise. Parce qu'en effet, la Cour Suprême se trouvait dans une "(...) situation de subordination (...)" (5) par rapport au Conseil Privé au sein de la hiérarchie judiciaire canadienne, son établissement ne pouvait que légitimement engendrer un "(...) manque de respect caractérisé par le ridicule, la méfiance ou dans beaucoup de cas, une froide indifférence" (6).

(1) MacKINNON F. : "The establishment of the supreme court of Canada", op. cit., p. 271.

(2) RUSSELL P.H. : "The supreme court of Canada as a bilingual and bi-cultural institution", op. cit., p. 24.

(3) RUSSELL P.H. : *ibid.*, p. 24.

(4) MacKINNON F. : *ibid.*, p. 272.

(5) RUSSELL P.H. : "The supreme court of Canada as a bilingual and bi-cultural institution", op. cit., p. 25.

(6) MacKINNON F. : "The establishment of the supreme court of Canada", op. cit., p. 272.

De fait, il s'avérait difficilement concevable qu'un tel tribunal de seconde zone se proclame suprême quand, par ailleurs, subsistait une procédure d'appel au Conseil Privé. D'aucuns, en l'espèce, n'hésitèrent pas à considérer, non sans franchise, cette Cour prétendue suprême comme "(...) une marche inutile dans le processus judiciaire" (1) et assimilaient l'instance judiciaire londonienne à "(...) la véritable Cour Suprême du Dominion" (2).

Avec l'accession de la Cour Suprême du Canada au rang de tribunal arbitral de dernière instance en 1949, l'hostilité du Québec se canalise, dès lors, principalement vers la dénonciation de l'organisation structurelle de la Cour Suprême.

Certes, une telle dimension de la controverse sur la Cour affleurerait déjà en 1875 et si, comme le soulignait l'honorable M. DESJARDINS, "(...) dans la province de Québec, il existe et non sans raison de fortes préventions contre ce tribunal (...)" (3), ce n'était pas seulement pour des raisons d'opportunité. En la circonstance, que la "(...) plus forte opposition (...)" (4) à ce projet de loi soit venue de la Province de Québec ne saurait étonner dans la mesure où celle-ci n'était pas sans méconnaître les dangers potentiels représentés par la structure et l'organisation de la Cour. Le caractère "(...) extrêmement impopulaire surtout dans la province de Québec (...)" (5) de la Cour Suprême découlait pour une part non négligeable de la perception de ces dangers. Toutefois, en dénonçant à travers la création de la Cour Suprême des risques d'empiètement sur les droits provinciaux, les autorités de Québec n'ignoraient pas, par ailleurs, que le droit d'appel au Conseil Privé constituait la meilleure garantie contre de tels risques. A cet égard, l'arbitrage fédéral du Conseil Privé s'avérait pour Québec d'autant plus sûr que le tribunal londonien s'était toujours efforcé de protéger les

(1) MacKINNON F. : *ibid.*, p. 272.

(2) DICEY A. V. : "Introduction to the study of the law of the constitution", *op. cit.*, p. 168.

(3) Débats de la Chambre des Communes du Canada, 1879, *op. cit.*, p. 1393.

(4) Débats de la Chambre des Communes du Canada, 1875, *op. cit.*, l'honorable M. MOUSSEAU, p. 978.

(5) *Ibid.*, p. 978.

prérogatives provinciales des atteintes du pouvoir fédéral (1).

Dès lors, en consacrant l'abolition du Conseil Privé, les débats parlementaires de 1949 ne pouvaient que réorienter sensiblement les raisons mêmes de l'opposition de la Province du Québec à l'encontre de la Cour Suprême. Longtemps à l'abri du rempart protecteur incarné par le Conseil Privé, les autorités du Québec se retrouvaient soudainement face à face avec la Cour Suprême. Et l'hostilité de celles-ci que l'on avait pu croire éteinte par le règne judiciaire du Conseil Privé, se ralluma vivement. Mais sous un autre aspect. Car l'axe de la contestation québécoise se déplaçait sensiblement de la question désormais sans fondement de l'utilité de la Cour Suprême à celle relative à sa crédibilité dans le cadre de la fédération canadienne. Il ne s'agissait plus de refuser la Cour Suprême en tant qu'institution mais de l'accepter dans la mesure où certaines conditions seraient remplies. La première d'entre toutes consistait, pour la Province de Québec, à mettre un terme au paradoxe de la "non constitutionnalité" de la Cour Suprême.

(1) cf. SMILEY D. : "Constitutional adaptation and canadian federalism since 1945", op. cit., p. 38.

cf. ibid. STANLEY G.F.G. : "A short history of the canadian constitution", op. cit., p. 142.

cf. ibid. McWHINNEY E. : "Pluralistic federalism in Canada", op. cit., p. 34.

cf. ibid. FRIEDRICH C.J. : "Trends of federalism in theory and practice", New-York, Frederick A. Praeger, 1968, p. 119.

SECTION I - LE DEFAUT D'ENRACINEMENT CONSTITUTIONNEL DE LA COUR SUPREME

Loin d'être un oubli, l'omission d'inclure des dispositions détaillées relatives à la fondation d'une Cour Suprême dans le dispositif constitutionnel de 1867 coïncidait avec l'idée des Pères de la Confédération selon laquelle le régime constitutionnel bâti à travers l'Acte Confédératif se caractérisait par une absence de conflits entre l'Etat fédéral et les provinces fédérées. Par conséquent, il semblait superflu voire inutile aux rédacteurs de la constitution de 1867 de donner explicitement une large place à un organe judiciaire qui, selon eux, n'aurait dans l'avenir aucune importance. En abandonnant au Parlement le soin de créer à l'avenir une Cour générale d'appel, sans en préciser ni les modalités, ni les échéances, les constituants de 1867 montraient par là-même le peu de considération qu'ils nourrissaient à l'endroit d'un tel projet.

Par ailleurs, cette volonté de repousser à plus tard l'érection d'une Cour Suprême ayant juridiction pour l'ensemble de la Confédération s'expliquait par l'optique particulière qu'avaient les Pères de la Confédération en la matière. Ces derniers n'envisageaient l'institution d'une instance judiciaire de cet ordre que dans le cadre d'une organisation judiciaire fortement hiérarchisée et centralisée dans laquelle s'intégrerait une Cour Suprême dont la vocation était de coiffer sous la houlette fédérale l'ensemble des juridictions provinciales. Une telle perspective n'était pas de nature à recueillir l'assentiment des provinces canadiennes. Aussi, les constituants de 1867 furent-ils amenés à retarder la concrétisation d'un projet dans les circonstances trop conflictuel et susceptible d'aviver les "(...) sensibilités impériales (...)" (1) en ce qui concerne le devenir du Conseil Privé.

A travers la loi de 1875 (2) le caractère statutaire de l'assise juridique de la Cour Suprême relevait, donc, de données politiques particulières dans la mesure où la non-constitutionnalité de la Cour était le résultat de dissensions sur le rôle de la Cour Suprême dans la structure fédérale canadienne. En effet, loin de vouloir camper une juridiction suprême capable d'arbitrer de possibles conflits de compétence, les autorités fédérales de 1867 considéraient la Cour Suprême comme un moyen pour consolider sinon unifier une Confédération relativement hétérogène (3).

(1) MacKINNON F. : "The establishment of the supreme court of Canada", op. cit., p. 258.

(2) Acte pour établir une cour suprême et une cour d'échiquier pour le Canada, 8 avril 1875, 38 Vict. ch. 11, p. 71. Actuellement Loi de la Cour Suprême S.R.C. 1952, ch. 259.

(3) Le caractère national beaucoup plus que fédéral de la Cour Suprême du Canada correspond, à cet égard, parfaitement avec la structure unitaire de l'A.A.N.B. de 1867.

Quelques quatre vingt deux ans plus tard, le contexte est radicalement autre. Avec l'effacement définitif du Conseil Privé, la Cour Suprême se voit officiellement confirmée dans un rôle d'arbitre fédéral de dernière instance dans les conflits surgissant entre l'Etat fédéral et les provinces fédérées. Dès lors, si le fondement statutaire de la Cour pouvait à la rigueur être concevable (1) du fait de la continuation des appels au Conseil Privé, ce fondement devenait en 1949 un obstacle fondamental à la consécration de la Cour Suprême comme juridiction arbitrale impartiale. Aussi n'est-il pas surprenant que la Province de Québec ait d'abord centré ses attaques sur l'insuffisance du fondement statutaire de la Cour.

Paragraphe 1 - L'insuffisance du fondement juridique de la Cour

La revendication d'un statut constitutionnel pour la Cour Suprême du Canada s'avère d'autant plus légitime aux autorités québécoises que "(...) l'absence dans l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de toute disposition particulière sur la création de la Cour Suprême du Canada est curieuse dans un système fédéral (...)" (2). La critique du fondement statutaire de la Cour s'appuie sur deux points d'argumentation. Tout d'abord, une telle assise se heurte aux principes de base d'un système fédéral et illustre de fait un anachronisme fondamental. Par ailleurs, le caractère non-constitutionnel d'une juridiction suprême comme la Cour présente un risque patent dans la mesure où la Cour Suprême peut être sujette aux éventuels empiètements du gouvernement fédéral.

A - L'anachronisme du caractère statutaire de la Cour Suprême

Dans le cadre d'un régime fédéral véritable, toute fédération se doit d'être régie par une constitution écrite dont l'objet est de délimiter le partage des pouvoirs souverains entre les deux ordres de gouvernement. Par ailleurs, estiment les milieux québécois, toute constitution fédérale doit logiquement prévoir un organe juridictionnel. A la fois interprète ultime et gardien de la suprématie de la constitution, un tel organe joue un rôle d'arbitre dans les éventuels litiges constitutionnels pouvant surgir entre l'Etat fédéral et les Etats membres. Par là même, son impact sur la structure fédérale du régime se révèle grand dans la mesure où la Cour Suprême protège le caractère fédératif du régime et de ce fait contribue à préserver l'autonomie des

(1) MacKINNON F. : "Du fait qu'elle était une création du Parlement fédéral, beaucoup considéraient qu'elle ne devrait pas avoir de juridiction sur les matières provinciales" (ibid., p. 273).

(2) MALLORY J.R. : "Le système constitutionnel canadien", op. cit., p. 107.

deux ordres de gouvernement (1).

Or, raisonne la Province de Québec, pour qu'une telle instance juridictionnelle puisse s'acquitter de sa tâche de la manière la plus impartiale, il est nécessaire d'assurer son indépendance à la fois de l'Etat fédéral et des provinces fédérées. A cet égard, le moyen le plus sûr de sauvegarder cette indépendance des pressions politiques de tous les horizons, consisterait à inclure dans le texte constitutionnel même l'organisation et les compétences de cet organe juridictionnel, ainsi que sa composition.

En la matière, la constitution fédérale canadienne de 1867 ne prévoit nullement la création d'un organe de cet ordre et ce faisant "(...) viole les principes du fédéralisme de façon particulièrement flagrante" (2). En effet, on constate que si l'A.A.N.B. de 1867 envisage l'érection d'une cour générale d'appel, il la prévoit d'une manière indirecte et laisse à des dispositions statutaires le soin de concrétiser cette approche constitutionnelle purement indicative.

De fait, pour le Québec, la grave lacune afférant à l'assise juridique de la Cour Suprême réside dans l'insuffisante garantie d'impartialité offerte par le caractère statutaire de sa création. Dès lors, pour qu'un tribunal constitutionnel d'un Etat fédéral soit en mesure d'être accepté par chacun des Etats fédérés, il lui faut être perçu comme un organe juridictionnel impartial par le biais d'une assise constitutionnelle indiscutable. Certains points de vue, toutefois, croient nécessaire de remarquer que le fondement statutaire de la Cour Suprême ne saurait avoir, dans les faits, aucune incidence réelle sur l'impartialité d'une telle instance judiciaire. Le professeur LEDERMAN observe ainsi :

"A présent, la Cour Suprême du Canada est constituée par un statut fédéral ordinaire (...). Cela amène certaines personnes à avoir des craintes à l'effet que la Cour Suprême du Canada peut ne pas être aussi véritablement indépendante du Parlement et du gouvernement du Canada comme cela devrait être dans un pays fédéral" (3).

(1) BEAUDOIN G.A. : "Notre système judiciaire ne respecte pas entièrement le principe fédératif, (...) aujourd'hui avec le statut actuel de la Cour Suprême, cette faille est à réparer", ("Pour une réforme de la Cour Suprême", *Le Devoir*, 16 septembre 1970, p. 5).

(2) BROSSARD J. : "La Cour Suprême et la constitution - le forum constitutionnel du Canada", *op. cit.*, p. 225.

(3) LEDERMAN W.R. : "The balanced interpretation of the federal distribution of legislative powers in Canada", in "L'avenir du fédéralisme canadien", (Crépeau P.A. & Macpherson C.B.) 1965, p. 111.

On retrouve cette même optique en la matière dans l'attitude du gouvernement de l'Ontario. Pour ce dernier, en effet, "la loi sur la Cour Suprême a un statut quasi-constitutionnel et il n'y a aucun gouvernement qui voudrait la traiter comme une loi ordinaire" (1). Cette orientation du débat nous paraît confuse et de plus peu convaincante dans la mesure où il ne s'agit pas de savoir si malgré un statut ambigu, la Cour Suprême peut s'avérer impartiale mais de déterminer les conditions juridiques optimales pour que cette impartialité lui soit reconnue de jure. "Ce qui compte, note à ce sujet le professeur BONENFANT, pour les institutions, leur réputation et leur efficacité, ce n'est pas ce qu'elles sont en réalité et comment elles fonctionnent mais ce qu'on croit qu'elles sont et comment elles fonctionnent" (2).

C'est dire l'importance au sein d'une structure fédérale d' "(...) un organe impartial, indépendant des gouvernements général et régionaux (...)" (3) capable d'arbitrer équitablement et sans contestations possibles entre l'Etat fédéral et les provinces fédérées. De fait, comme le suggère DURAND, seule une base constitutionnelle est à même de garantir une telle impartialité :

"Il est évident que l'indépendance d'esprit et l'impartialité des organes appelés à interpréter la constitution fédérale - même, s'il le faut - à l'encontre du parlement, du gouvernement et de l'opinion publique dominante - se trouvent fortement influencés par leur composition et par le statut de leurs membres. Ceci, ajoute-t-il, est surtout important pour le tribunal suprême" (4).

Dans un document de travail, les autorités québécoises se faisaient l'écho d'une indispensable réforme du statut de la Cour Suprême eu égard au respect des principes du fédéralisme en ce domaine :

"Dans tout système fédératif, le tribunal qui interprète en dernier ressort la constitution joue un rôle d'arbitre entre les deux ordres de gouvernements. C'est pourquoi, concluait le rapport, il est nécessaire que l'établissement, la composition et la juridiction de ce tribunal soient déterminés par la constitution elle-même, comme c'est d'ailleurs le cas dans la plupart des fédérations" (5).

(1) Comité permanent des fonctionnaires - propositions du gouvernement de l'Ontario : "La constitution du système judiciaire", 1968, p. 38.

(2) BONENFANT J.C. : "La Cour Suprême et le partage des compétences", op. cit., p. 25.

(3) WHEARE K.D. : "Federal government", op. cit., p. 63.

(4) DURAND C. : "Confederation d'Etats et Etat fédéral", op. cit., p. 125.

(5) Comité permanent des fonctionnaires - Document de travail - propositions pour la révision constitutionnelle - 24 juillet 1968, Québec, 1969, p. 26.

La Commission TREMBLAY ne manquait pas, à cet égard, de souligner que le caractère d'arbitre impartial et indépendant d'un tribunal à l'instar de la Cour Suprême passait par l'établissement, "(...) comme dans les autres constitutions fédératives" (1) d'un véritable statut constitutionnel de ce dernier.

Il ne faudrait pas cependant ramener la démarche de la Province du Québec à un simple juridisme pointilleux et sourcilieux des principes fondamentaux du fédéralisme. L'attitude des autorités du Québec s'inscrit, au contraire, dans le cadre d'une analyse lucide des risques découlant du fondement statutaire de la Cour Suprême.

B - Les risques inhérents au caractère statutaire de la Cour Suprême

Au-delà de toute violation aux principes de la doctrine classique du fédéralisme, le caractère non constitutionnel de l'assise légale de la Cour Suprême recèle, selon les dirigeants québécois, une menace potentielle à l'encontre de l'autonomie des provinces. Par un tel statut, en effet, l'autorité fédérale est parfaitement libre d'abolir ou d'apporter des transformations radicales à un organe juridictionnel qu'elle a établi discrétionnairement en 1875 aux termes de l'article 101 de l'A.A.N.B. de 1867.

Une telle éventualité pour peu plausible qu'elle soit, en est néanmoins inadmissible pour la Province de Québec. Si, en l'espèce, le professeur MORIN estime que le cadre canadien d'un tel arbitrage constitutionnel "(...) traîne toutes sortes de résidus de l'époque victorienne et du colonialisme britannique" (2), un auteur comme BONENFANT note à juste titre que "(...) pour plusieurs Québécois, la Cour Suprême (...) c'est surtout pour eux un tribunal pro-fédéral" (3). Considérant comme de plus en plus choquant qu'une instance judiciaire de dernier ressort dans un Etat fédéral soit l'oeuvre d'une simple Loi fédérale, le professeur CHEVRETTE ne sous-estime pas le risque d'une utilisation de la Cour Suprême par les autorités fédérales et considère dès lors qu' "(...) un tribunal dont l'autorité s'étend à la fois aux matières fédérales et provinciales, ne saurait relever de la seule autorité législative fédérale" (4).

(1) Rapport TREMBLAY, Commission d'Enquête sur les problèmes constitutionnels, 1956, vol. 3, p. 294.

(2) MORIN J. Y. : "Le Québec et l'arbitrage constitutionnel : de Charybde en Scylla", R.B.C. 1967, vol. 45, p. 626.

(3) BONENFANT J.C. : "La Cour Suprême et le partage des compétences", op. cit., p. 26.

(4) CHEVRETTE F. : "Cours de droit constitutionnel canadien", Université de Montréal, 1968-1969, p. 50.

Dans la mesure où la Cour Suprême du Canada dépend du seul gouvernement fédéral en ce qui concerne son existence même, il n'est pas surprenant que la Province de Québec ait nourri, dès 1875, quelque suspicion sur le comportement de la Cour Suprême vis-à-vis de l'Etat fédéral. On retrouve, à cet égard, la même méfiance à travers les termes pourtant mesurés du rapport de la Commission TREMBLAY. Celle-ci-, sans préjuger de l'impartialité de la Cour Suprême, remarquait cependant qu' "(...) inévitablement la question se pose des rapports entre cette Cour Suprême et le gouvernement qui l'a créée" (1).

En l'absence d'aucune garantie constitutionnelle, la Cour Suprême est devenue, aux yeux des milieux juridiques québécois, l'otage du gouvernement fédéral qui possède en quelque sorte sur celle-ci un droit de vie ou de mort discrétionnaire. Le pouvoir quasi illimité et sans partage des autorités fédérales sur les destinées de la Cour Suprême est suffisamment évocateur de l'anormalité d'une telle situation pour amener des juristes québécois à conclure que celle-ci n'a que trop duré. La Cour Suprême, affirme BEAUDOIN, "(...) ne saurait dépendre du bon plaisir du pouvoir législatif" (2). D'aucuns sont d'autant plus soucieux de dénoncer les menaces potentielles du Parlement fédéral en ce domaine qu'il n'y a, selon FARIBAULT, "(...) rien qui l'empêcherait d'abolir la Cour Suprême" (3). On réalise, dès lors, pourquoi dans une certaine mesure la Province de Québec ait assimilé la Cour Suprême du Canada au bras judiciaire du gouvernement fédéral :

"Au Canada, soulignent les professeurs BRUN et TREMBLAY, la Cour Suprême, l'arbitre ultime du partage des compétences étatiques, est un organe exclusivement fédéral, et que, jusqu'à un certain point, le fédéral se trouve à être juge et partie relativement à ce type de problèmes" (4).

La justesse des positions des milieux québécois sur ce problème était à ce point évidente que nombre d'auteurs anglo-canadiens en arrivèrent à la même conclusion. Toutefois, il faut remarquer que si la Cour Suprême du Canada, avec l'épanouissement du nationalisme québécois "(...) fut très fortement critiquée en tant qu'organisme strictement fédéral" (5) cette

(1) Rapport TREMBLAY, op. cit., 1956, vol. 2, p. 170.

(2) BEAUDOIN G.A. : "Le système judiciaire canadien", op. cit., p. 116.

(3) FARIBAULT M. : "La révision constitutionnelle", Montréal, Fides, 1970, p. 95.

(4) BRUN H. & TREMBLAY G. : "Droit Public Fondamental", op. cit., p. 288-289.

(5) Conférence sur la Confédération de demain, 27-30 novembre 1967, Toronto, Procès-verbaux, p. 30.

dernière ne suscite dans la doctrine anglo-canadienne que de fortes réserves sur le fondement statutaire de la Cour Suprême.

De fait, pour beaucoup de juristes anglo-canadiens à l'instar de SEYFFERT, la Cour Suprême du Canada ne saurait être qualifiée de Cour réellement constitutionnelle dans la mesure où sa juridiction n'est pas garantie par la constitution de 1867. Or ce constat entre, selon lui, gravement en contradiction avec la mission dévolue à un arbitre fédéral :

"L'indépendance à l'égard de la coercition et de la manipulation politique est, constate-t-il, nécessaire pour un respect populaire continu vis-à-vis de la Cour. Il est de la plus haute importance que si la Cour tient à être effective dans son rôle d'arbitre fédéral, ce devrait être une conviction générale dans son impartialité (...) Le problème aujourd'hui réside dans ce que certains segments du Canada ne croient pas que la Cour Suprême est entièrement libre d'une manipulation fédérale" (1).

Si, en l'espèce le diagnostic d'un auteur comme WAGNER sur l'handicap actuel de la Cour Suprême se ramène à ce qu' "elle ne fut pas établie conformément à un mandat constitutionnel, mais née par une initiative de la législature (...)" (2), l'analyse du professeur RUSSELL en la matière s'avère convaincante dans la mesure où sont mises en lumière les contradictions existant entre le statut actuel de la Cour et son rôle d'arbitre fédéral :

"(...) le rôle principal, selon lui, de la Cour Suprême nationale est d'agir comme l'arbitre ultime de la constitution ou l' "arbitre du système fédéral". En acceptant cette conception de la fonction première de la Cour, il semble anormal que la Cour devrait apparaître dans la constitution pour être si complètement une créature du gouvernement fédéral" (3).

Il n'était, dès lors, point surprenant que certains auteurs anglo-canadiens aboutissent aux mêmes conclusions que les juristes Québécois en ce qui a trait aux menaces fédérales sur le devenir de la Cour Suprême. Ainsi, CHEFFINS, après avoir noté que le statut présent de la Cour Suprême du Canada est à la source de toutes les difficultés relatives à la légitimité de la

(1) SEYFFERT R. W. J. : "A study of the supreme court of Canada as an institution of constitutional law reform", op. cit., p. 19.

(2) WAGNER W. J. : "The federal states and their judiciary - a comparative study in constitutional law and organization of courts in federal states", op. cit., p. 304.

(3) RUSSELL P. H. : "Constitutional reform of the canadian judiciary", A. L. R. 1969, vol. 7, p. 123.

Cour, constate clairement que "(...) le Parlement fédéral a le pouvoir de modifier les termes sous lesquels la Cour Suprême du Canada a été établie" (1). Une telle opinion recoupe le point de vue de FOUTS qui insiste clairement sur le danger inhérent au statut actuel de la Cour Suprême. "Puisque la Cour, note-t-il, est établie par une disposition statutaire plutôt que constitutionnelle, elle peut être abolie par une simple loi du Parlement du Canada" (2). Cependant, c'est sans conteste ROWAT qui a su, d'une manière approfondie, mettre en évidence les implications éminemment dangereuses de ce statut à l'endroit de la souveraineté des provinces canadiennes :

"Puisque la Cour Suprême est une création légale du parlement fédéral, celui-ci peut à son gré en modifier l'organisation, la juridiction et le personnel. Cela constitue une menace possible précise à l'autonomie des provinces ; car un Parlement désireux d'empiéter sur les pouvoirs des provinces peut choisir les juges de la Cour Suprême de manière à s'assurer une interprétation de la constitution qui lui soit favorable. Ce dernier possède légalement le pouvoir d'abolir, s'il le désire, la Cour Suprême" (3).

L'éventualité d'une telle menace est présente dans l'argumentation de STRAYER en ce qui concerne la nécessité de doter la Cour Suprême d'un statut constitutionnel. Ce dernier n'hésite pas, en effet, à rappeler qu' "un des griefs fondamentaux réside dans le fait que la Cour est une émanation purement fédérale, une création du Parlement, qui est sujette par cet organe à la restriction ou même à l'abolition (...)" (4). Une telle unanimité des milieux doctrinaux en matière de dénonciation du caractère intrinsèquement dangereux du fondement statutaire de la Cour Suprême ne pouvait que déboucher à la longue sur l'émergence d'un consensus quant à la constitutionnalisation du tribunal fédéral canadien.

(1) CHEFFINS R.I. : "The constitutional process in Canada", 1969, op. cit., p. 114.

(2) FOUTS D.E. : "Policy making in the supreme court of Canada 1950-1960", in "Comparative judicial behavior", 1969, Oxford University Press, p. 258.

(3) ROWAT D.C. : "The constitution and the federalism", op. cit., p. 77.

(4) STRAYER B.L. : "Judicial review of legislation in Canada", op. cit., p. 209.

Paragraphe 2 - Le consensus sur la constitutionalisation de la Cour Suprême

Le rapprochement des positions fédérales et québécoises relatives à une réforme du statut de la Cour Suprême ne s'est pas effectué soudainement mais ne s'est élaboré que progressivement sous la pression conjuguée des autorités québécoises et de l'ensemble de la doctrine. On constate, à cet égard, que le mouvement de revendication pour la constitutionalisation du statut de la Cour Suprême ne se développe véritablement qu'à partir de 1949. Ceci s'explique dans la mesure où en 1875, la création statutaire de la Cour due à des circonstances politiques données, n'entraînait pas de conséquences dommageables du fait de la subordination de la Cour au Conseil Privé. Avec l'abolition du tribunal londonien, en ce qui a trait au fondement légal de la Cour Suprême, rien n'a changé et pourtant tout est changé. Devenue instance suprême en droit, la Cour est dès lors suspectée par la Province de Québec qui entend défendre son autonomie contre ce qu'elle considère un tribunal à la solde du gouvernement fédéral. La crédibilité de la Cour Suprême passe, selon Québec, par la crédibilité de son statut et de fait, les autorités de la belle Province n'auront de cesse de parvenir à combler, dans les meilleurs délais, cette "(...) faille (...)" (1) constitutionnelle de 1875.

A - La revendication québécoise de la constitutionalisation de la Cour Suprême

Les premières démarches officielles de la Province de Québec tendant à ouvrir le débat sur la nature de l'assise juridique de la Cour Suprême, se situent peu de temps après l'accession de cette instance judiciaire au rang de tribunal de dernière instance pour l'arbitrage des compétences entre l'Etat fédéral et les provinces fédérées.

De fait, dès la réunion de la conférence fédérale-provinciale de septembre 1950, le Premier ministre québécois M. DUPLESSIS prenait l'initiative de soulever la question de la réforme du statut de la Cour. Le mémoire de la délégation du Québec déclarait à cet égard :

"Nous estimons que la Cour Suprême du Canada, en matières constitutionnelles et de relations intergouvernementales canadiennes, doit réunir toutes les conditions exigées d'un tiers arbitre" (2).

(1) BEAUDOIN G.A. : "La révision constitutionnelle et le statut de la Cour Suprême", R.G.D. 1970, vol. 1, p. 258.

(2) Conférence fédérale-provinciale au sujet de la constitution, Appendice III : Mémoires du gouvernement fédéral et des gouvernements provinciaux soumis au comité des procureurs généraux avant sa réunion du 21 août 1950, p. 101.

Si on constate que les termes mêmes de cette intervention ont été soigneusement pesés et mesurés, on n'en discerne pas moins une nette détermination à trouver une solution viable à ce problème. Certes, le mémoire ne fait que suggérer les conditions nécessaires pour que la Cour soit en mesure d'arbitrer impartialement mais à travers cette suggestion perce implicitement la remise en cause radicale du statut de la Cour Suprême. Le Rapport de la Commission royale d'enquête sur les problèmes constitutionnels commandé par la Province de Québec en 1956 s'aligne sur cette même démarche prudente mais résolue. L'enquête de la Commission TREMBLAY donna une nouvelle occasion au Québec d'insister sur le "(...) rôle extrêmement important d'arbitre impartial" (1) que devrait jouer nécessairement la Cour Suprême. Une hostilité à peine dissimulée transparaît cependant dans les remarques des commissaires enquêteurs en ce qui concerne le statut de la Cour que ces derniers assimilent séchement à une "(...) mesure du gouvernement central qui s'éloigne des exigences fondamentales du fédéralisme" (2).

Le flambeau de l'exigence d'un statut constitutionnel pour la Cour Suprême était repris par le Premier ministre québécois M. LESAGE. Ce dernier, lors de la Conférence fédérale-provinciale de 1960 ne manquait pas de reprendre d'une manière plus incisive la thèse du gouvernement précédent :

"Il ne faudrait pas oublier, déclara-t-il, de prévoir en même temps l'organisation d'un tribunal constitutionnel conforme aux principes essentiels du régime fédératif. En effet le principe fondamental de ce régime exige que ni l'un ni l'autre des deux ordres de gouvernement ne puisse toucher au partage des pouvoirs établi par la constitution. Il s'ensuit que l'arbitre des conflits ne doit pas relever exclusivement de l'un d'eux" (3).

Dans leurs propositions en vue de la Conférence constitutionnelle de 1968, le Comité Permanent des Fonctionnaires rappelait avec persévérance dans un document de travail qu' "il y aurait lieu que la constitution prévoie l'Etablissement d'une Cour constitutionnelle dont elle fixerait la composition et la juridiction" (4).

Aussi, n'était-il pas douteux que le travail de sape des autorités québécoises contre l'actuel statut de la Cour Suprême ébranle les convictions du gouvernement fédéral sur ce sujet d'autant plus qu'un puissant courant doctrinal souhaitait unanimement la réforme du statut de la Cour. Un semblable front commun ne pouvait qu'amener les autorités fédérales à prendre position

(1) Rapport TREMBLAY, op. cit., 1956, vol. 2, p. 170.

(2) Rapport TREMBLAY, ibid., p. 170.

(3) Conférence fédérale-provinciale, 25 juillet 1960, p. 33.

(4) Comité permanent des fonctionnaires, op. cit., p. 26.

en faveur du principe même de l'insertion du statut de la Cour Suprême dans la constitution canadienne.

B - L'accord du gouvernement fédéral sur la constitutionalisation
de la Cour Suprême

Face à un gouvernement provincial du Québec fermement déterminé à imposer le principe de la constitutionalisation de la Cour Suprême, les autorités fédérales furent conduites peu à peu à admettre la nécessité d'une modification de l'assise juridique du tribunal suprême.

Le gouvernement fédéral se sentait d'autant moins en état de défendre un tel statut que l'ensemble de la doctrine juridique canadienne s'était prononcé favorablement pour le principe de la constitutionalisation.

Aussi, un auteur québécois comme BEAUDOIN estime à cet égard "(...) qu'il faudrait prévoir dans le texte même de notre constitution l'existence de la Cour Suprême, sa composition et le mode de nomination de ses juges" (1). Dans le camp anglophone, LE DAIN ne voit "(...) aucune objection à l'incorporation dans la constitution de garanties expresses sur l'existence de la Cour(...)" (2). C'est également l'avis de STRAYER qui considère "(...) essentiel que soit donnée à la Cour une base constitutionnelle plutôt que purement statutaire" (3). Même si pour LEDERMAN, la Cour Suprême n'a pas besoin de statut constitutionnel pour affirmer son indépendance, il n'oublie pas d'ajouter que "néanmoins une intégration spéciale de sa structure et de ses pouvoirs essentiels dans la constitution donnerait d'elle une meilleure image (...)" (4).

Dans l'esprit des milieux doctrinaux, il s'agit, dès lors de ravalier quelque peu le cadre juridique de la Cour Suprême, entâché pour le moins d'une dépendance fâcheuse à l'égard du pouvoir fédéral. Il est, à cet égard, souligne MALLORY, "(...) d'une importance vitale de restaurer la crédibilité de la Cour Suprême du Canada en tant que Cour constitutionnelle (...)" (5).

(1) BEAUDOIN G.A. : "Le système judiciaire canadien", op. cit., p. 116.

(2) LE DAIN G.E. : "Concerning the proposal constitutional and civil law specialization at the supreme court level", R.J.T. 1967, p. 107.

(3) STRAYER B.L. : "Judicial review of legislation in Canada", op. cit., p. 209.

(4) LEDERMAN W.R. : "Thoughts on reform of the supreme court of Canada", op. cit., p. 15.

(5) MALLORY J.R. : "The B.N.A. Act : constitutional adaptation and social change", op. cit., p. 136.

Cette exigence de crédibilité d'un organe juridictionnel à l'instar de la Cour Suprême n'avait pas paru poser de problème au gouvernement fédéral mais sous les coups du pilonnage revendicatif de la Province de Québec en ce domaine, Ottawa par la voix de son ministre de la Justice l'honorable J. N. TURNER en vint à reconnaître l'existence d'une défiance possible à l'égard "(...) de la crédibilité de la Cour Suprême dans son rôle en ce qui a trait à la population du Québec" (1).

La vague des conférences constitutionnelles de la fin des années 1960 allait permettre, à travers une confrontation des idées de la Province du Québec et celles d'Ottawa de déboucher sur un accord de principe en matière de constitutionalisation de la Cour. Ainsi dès la conférence constitutionnelle de 1968, le Premier ministre fédéral M. PEARSON tint à souligner le caractère quelque peu anachronique du statut de la Cour Suprême et déclara qu' "il y avait lieu de recommander activement que sa constitution et son rôle devront être inclus à l'avenir dans la loi fondamentale" (2). L'année suivante, lors de la Conférence constitutionnelle fédérale provinciale réunie à Ottawa, les autorités fédérales convenaient de la nécessité d'apporter des modifications au statut de la Cour Suprême :

"Dans la situation présente, l'Acte de l'Amérique du Nord britannique autorise simplement le Parlement à créer un tribunal général d'appel et cela, à notre avis, est tout à fait insuffisant pour le plus haut tribunal du pays" (3).

Au cours de la Conférence constitutionnelle de 1971, le ministre fédéral de la Justice, M. TURNER, devait à nouveau revenir sur l'attitude des autorités fédérales en matière de constitutionalisation de la Cour Suprême : "La Cour Suprême du Canada, sous sa forme actuelle, est constituée aux termes d'une loi fédérale. Nous reconnaissons, ajouta-t-il, qu'il y a lieu maintenant d'en faire mention dans la constitution" (4). D'autres documents ultérieurs (5) témoignent par ailleurs d'une prise de conscience du caractère anachronique du statut actuel de la Cour Suprême. A cet égard, le Comité spécial mixte du Sénat ne reconnaissait-il pas que "le texte de la constitution

(1) Conférence constitutionnelle, 10 décembre 1969, p. 249.

(2) Conférence constitutionnelle, Ottawa, 5, 6, 7 février 1968, p. 26.

(3) Conférence constitutionnelle, Ottawa, 10 décembre 1969, p. 248.

(4) Conférence constitutionnelle, Ottawa, 8, 9 février 1971, p. 409.

(5) "Il fut suggéré aussi la proposition que la Cour Suprême en tant qu'arbitre suprême des différends juridictionnels entre les gouvernements, pourrait être spécialement pourvu dans la constitution, plutôt que dans un statut fédéral comme dans le présent cas", ("La révision constitutionnelle 1968-1971", Rapport du secrétaire, Secrétariat des conférences intergouvernementales canadiennes, 1974, p. 71).

devrait prévoir l'existence, l'indépendance et les structures de la Cour Suprême du Canada" (1).

Au regard de toute cette série de proclamations de bonne intention de la part des autorités fédérales en ce qui concerne le statut de la Cour Suprême, on aurait pu penser qu'elles seraient traduites concrètement au niveau de la réalité constitutionnelle canadienne. Or, le long cheminement des négociations entre l'Etat fédéral et la province de Québec débouche sur un échec patent. Pourtant, un tel projet de réforme fut près d'aboutir lors de la Conférence constitutionnelle de Victoria en 1971 à la fin de laquelle fut rédigée une charte dénommée Charte de Victoria. Celle-ci prévoyait entre autre, parmi d'autres dispositions constitutionnelles, l'intégration des modalités de juridiction et d'organisation de la Cour Suprême dans le texte même de la constitution (2). Comme la conférence de Victoria se déroulait l'année du centenaire commémorant l'entrée dans l'Union de la Colombie britannique, nombre d'observateurs étaient convaincus que "(...) le désir d'accord serait fort (...)" (3). Toutefois, l'intransigeance du Québec devait conduire la Charte de Victoria à un échec. Ce dernier était imputable au refus des dirigeants québécois d'entériner les modalités de rapatriement de la constitution et de politique sociale, mais aussi sur l'opposition aux nouvelles dispositions relatives à la Cour Suprême qui consacraient, selon eux, la prépondérance absolue du gouvernement fédéral sur la Cour.

Si, en matière de constitutionalisation de la Cour Suprême, les autorités québécoises et fédérales ont pu se mettre d'accord sur le principe même de l'insertion du statut de la Cour Suprême dans le texte de la constitution, des divergences subsistent quant à la nature précise de ce statut.

(1) Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des Communes sur la constitution du Canada, Rapport final, op. cit., p. 39.

(2) Projet de Charte constitutionnelle canadienne. Conférence constitutionnelle, Victoria, 14 juin 1971, Titre IV, art. 22 : "Il y a une Cour générale d'appel pour le Canada, désignée sous le nom de Cour Suprême du Canada". Cet article reste inchangé dans la nouvelle Charte constitutionnelle proposée par le Premier ministre canadien P.E. TRUDEAU (cf. *Le Devoir*, 10 avril 1976).

(3) MALLORY J.R. : "Le système constitutionnel canadien", op. cit., p. 118.

SECTION II - LES DIVERGENCES RELATIVES A LA STRUCTURE DE LA COUR SUPREME

C'est une chose que d'envisager la constitutionalisation du statut de la Cour Suprême ; c'en est une autre que de définir la nature de ce statut. De fait, les divergences qui séparent la Province de Québec des autorités fédérales portent sur la question de savoir si dans un pays comme le Canada, le pouvoir de contrôle de la constitutionnalité des lois devrait être exercé par une instance judiciaire à la fois compétente en matière civile et constitutionnelle ou par un tribunal spécialisé en droit constitutionnel. Le gouvernement fédéral refuse quant à lui qu'on attente à l'homogénéité juridictionnelle de la Cour Suprême alors que la Province de Québec, soucieuse de préserver l'intégrité de son droit civil et d'améliorer la qualité des jugements rendus en matière constitutionnelle prône une spécialisation de la Cour Suprême.

Il s'agira dans un premier temps d'analyser les motivations qui poussent la Province de Québec à revendiquer une spécialisation de la Cour Suprême et dans un second temps d'envisager les aménagements susceptibles de matérialiser une telle spécialisation.

Paragraphe 1 - Les mobiles du Québec au sujet de la spécialisation de la Cour Suprême

La revendication par la Province de Québec d'une spécialisation de la Cour Suprême trouve sa raison d'être dans la dualité de deux systèmes juridiques qui prévaut depuis la cession du Québec à la Grande-Bretagne.

En effet, vaincue sur les plaines d'Abraham en 1759, la France cédait en vertu des capitulations de Québec et de Montréal (1) le Canada à la Grande-Bretagne. Cette cession était entérinée de manière formelle par le Traité de Paris du 10 février 1763 qui mettait un terme à la présence de la France en Amérique du Nord.

L'acquisition du Canada par la Grande-Bretagne devait avoir des répercussions sur l'utilisation du droit existant dans l'ancienne possession française. Ainsi la Proclamation Royale du 7 octobre 1763 ordonne le remplacement des lois canadiennes de l'époque, en l'espèce la Coutume de Paris, par les lois anglaises. A cet effet, la Proclamation permettait aux gouverneurs

(1) Capitulation de Montréal, 8 septembre 1760.

"(...) de décréter et de sanctionner des lois des statuts et des ordonnances (...) conformément autant que possible aux lois d'Angleterre et aux règlements et restrictions en usage dans les autres colonies" (1). Par ailleurs, elle établissait des tribunaux civils et des cours de justice publiques "(...) pour entendre et juger toutes les causes aussi bien criminelles que civiles, suivant la loi et l'équité, conformément autant que possible aux lois anglaises (...)" (2). Toutefois, l'Acte de Québec de 1774 introduisait une dérogation dans la mesure où il permettait l'usage des lois civiles françaises en ce qui a trait à la propriété et aux droits civils :

"Qu'il soit de plus décrété en vertu de l'autorité susdite (...) qu'à l'égard de toute contestation relative à la propriété et aux droits civils, l'on aura recours aux lois du Canada comme règles pour décider à leur sujet ; et que toutes les causes concernant la propriété et les droits sus-dits qui seront portées par la suite devant quelqu'une des cours de justice devant être établies dans et pour ladite province par Sa Majesté, ses héritiers et successeurs, y seront jugées conformément auxdites lois et coutumes du Canada (...)" (3).

Par l'Acte de Québec, les Québécois se voyaient donc octroyer le droit de vivre sous un régime de droit privé d'inspiration française tandis que les neuf autres provinces adoptaient le droit anglais (4). Parce que ces deux systèmes se différenciaient profondément entre eux, la nature du clivage se révélait d'une grande importance (5).

De fait, à la différence du droit français qui est un droit écrit, le

(1) Proclamation Royale du 8 octobre 1763. Le 17 septembre 1764, une ordonnance du Général MURRAY établissait par ailleurs des tribunaux civils au Canada et édictait : "Les lois et coutumes françaises seront autorisées et admises dans toutes les causes soumises à cette Cour entre les résidents de cette province, si la cause d'action a pris naissance avant le premier jour d'octobre 1764".

(2) *ibid.* supra.

(3) Acte de Québec : Acte à l'effet de pourvoir d'une façon plus efficace au gouvernement de la province de Québec dans l'Amérique du Nord, S.R.U. 1774, c. 83 (Geo. III).

(4) Dans la province de Québec, l'ensemble du droit public, constitutionnel et administratif a pour origine le droit anglais et demeure soumis à ses règles d'interprétation.

(5) CORRY J.A. & HODGETTS J.E. : "La common law est un droit non écrit dans le sens qu'on ne peut trouver nulle part une série concise de règles écrites qui fixent autoritairement ce droit (...) En revanche, le droit civil est un droit écrit. On le trouve toujours dans un code de règles générales que le juge applique, et il ne lui est pas permis de fonder sa décision sur un précédent au détriment du code écrit", ("Democratic government and politics", *op. cit.*, p. 431-432).

droit anglais s'apparente à un droit non écrit, dans la mesure où les règles de la "common law" s'enracinent non pas dans les textes de codes ou de lois mais dans la coutume générale constituée essentiellement par les principes dégagés depuis des siècles par les tribunaux anglais. De tels principes n'ont pas, de plus, une autorité limitée au litige dans lequel elles sont intervenues mais s'imposent à l'avenir en vertu du principe du "stare decisis". On réalise, dès lors, le caractère particulièrement empirique du système juridique anglais :

"La common law est une institution très "british", où l'empirisme tient une large place, une institution qui a un arrière-goût de laisser faire. On raisonne a posteriori sur la common law, mais il est bien difficile d'en expliquer l'essence d'une façon rigoureusement logique. Il s'agit plutôt de quelque chose d'assez vague, insaisissable, qu'on finit par sentir plutôt que par comprendre vraiment" (1).

Fermement attachés à leur droit civil, dernière survivance juridique de la présence française en Nouvelle-France, les autorités québécoises n'ont cessé d'attirer l'attention sur le danger que pourrait encourir un tel droit à travers l'interprétation des juges en majorité de common law de la Cour Suprême.

(1) BRUN H. & TREMBLAY G. : "Droit Public Fondamental", op. cit., p. 26. cf. BAUDOUIN L. : "La plupart des critiques que les juristes québécois adressent aux décisions de la Cour Suprême du Canada dans des affaires d'origine québécoise est de ne justifier le plus souvent ces décisions que dans un esprit et suivant un processus de raisonnement purement anglais, lorsque la Cour ne va pas jusqu'à renverser une décision unanime de la Cour d'appel du Québec, ce qui est souvent fâcheux", ("Les aspects généraux du droit privé dans la province de Québec", Paris, Librairie Dalloz, 1967, p. 83). cf. AZARD P. : "Malgré toute l'objectivité et la conscience dont ces magistrats font preuve, il ne faut pas se dissimuler que bien souvent (...) le droit civil a été interprété à l'anglaise (...)" ("La Cour Suprême et l'application du droit civil de la province de Québec", R.B.C. 1965, vol. 43, p. 555). cf. MAYRAND A. : "La Cour Suprême est composée d'une majorité de juristes formés à l'école du common law, appelés le plus souvent à juger selon la technique et les principes du common law. De ces faits inévitables découle naturellement un danger de métissage du droit civil par voie judiciaire" ("Le droit comparé et la pensée juridique canadienne", R.B. 1957, vol. 17, p. 2).

A - Les inquiétudes du Québec à l'endroit de la Cour Suprême
dans le domaine du droit civil

De nombreuses critiques ont souvent alimenté les propos des juristes québécois en ce qui concerne l'interprétation qu'a pu donner, dans le passé, la Cour Suprême du Canada des dispositions du droit civil en vigueur au Québec. Le dénominateur commun de ces critiques réside dans la crainte que la Cour Suprême formée dans sa majorité à l'école de la "Common law" ne déforme au profit de celle-ci le système civiliste québécois (1).

De telles appréhensions transparaissaient déjà lors des débats de 1875 relatifs à la création de la Cour Suprême. En effet, le ministre de la justice de l'époque, l'honorable Telesphore FOURNIER ne cachait pas que l'une des dispositions les plus controversées portait sur la question de savoir si la nouvelle Cour "(...) devait avoir une juridiction d'appel provenant des lois locales aussi bien que fédérales" (2).

D'aucuns estimèrent, en l'espèce, qu'une Cour fédérale ne saurait avoir juridiction sur des questions relevant de la juridiction des provinces. Pour l'honorable M. BABY, tous les droits relatifs à la propriété, aux droits civils ainsi que la procédure civile "(...) sont expressément placés sous la juridiction de la législature provinciale" (3). Quant à l'honorable M. MOUSSEAU, il déclarait catégoriquement que selon "(...) son humble opinion, toutes les parties du bill qui donnent droit d'appel à la Cour Suprême de la juridiction des lois civiles de Québec, sont tout à fait inconstitutionnelles" (4):

Parallèlement à ces arguments d'ordre constitutionnel, des députés québécois ne manquèrent pas de souligner s'il était sage de confier l'interprétation du droit civil québécois à une Cour Suprême totalement étrangère dans sa majorité à un tel système juridique. Cette éventualité renforçait ainsi l'honorable M. TASCHEREAU dans sa conviction d'assister à plus ou moins longue échéance, à une entreprise de perversion du droit civil par la Cour Suprême :

"(...) il pensait ne pas aller trop loin en disant que quand on se proposait d'établir un tribunal suprême d'appel en dehors de leur province, composé de juges dont la grande majorité ignorait les

(1) Ibid., p. 2.

(2) Débats de la Chambre des Communes du Canada, 1875, op. cit., p. 299.

(3) Débats de la Chambre des Communes du Canada, 1875, op. cit., p. 976.

(4) Ibid., p. 979.

lois civiles de Québec, lequel tribunal serait appelé à réviser et aurait le pouvoir de renverser les décisions de toutes leurs cours de Québec, ils croient avoir raison d'éprouver une espèce de crainte, et qu'un danger, un grand danger, peut être appréhendé" (1).

L'honorable M. LAFLAMME¹, par ailleurs, se faisait fort de remarquer qu' "(...) en autant que la province de Québec était concernée, ses institutions particulières étaient sans doute menacées d'un danger quand des causes étaient décidées par un tribunal dont la plupart des membres ignoraient les lois du Bas-Canada" (2).

Si les députés québécois exprimaient leurs profondes préoccupations face à une altération potentielle des principes du droit civil par la Cour Suprême, le gouvernement fédéral, par la voix de son ministre de la Justice s'attachait par contre à relativiser la menace :

"(...) si cette cour, par exemple, est requise de donner un jugement final sur un jugement rendu par une cour du Bas-Canada, il y aura parmi les juges sur le banc, des personnes parfaitement entendues dans la connaissance des lois de cette section de la Confédération, et ces personnes pourront donner le bénéfice de leurs lumières aux autres juges siégeant avec elles" (3).

A l'issue des débats, un vote devait finalement trancher en faveur de la coexistence des deux systèmes juridiques de droit civil et de common law susceptibles d'être développés ensemble dans la juridiction de la Cour Suprême du Canada. Ainsi l'article 41 (4) de la Loi sur la Cour Suprême donne-t-il à la Cour compétence pour recevoir, sous certaines conditions, des appels de tout jugement de la plus haute cour de dernier ressort habilitée, dans une province, à rendre jugement dans l'affaire en question. C'est donc

(1) Ibid., p. 782.

(2) Ibid., p. 990.

(3) Ibid., p. 799. Le ministre de la Justice fait allusion au rôle des deux juges québécois siégeant au banc de la Cour (article 4 de la loi de 1875). L'article 6 de la Loi de 1952 fixa à trois le nombre minimum de juges de la Cour Suprême devant provenir de la province de Québec.

(4) Article 41 - Loi de la Cour Suprême - Statuts révisés du Canada, 1970, vol. VII : "(1) (...) il peut être interjeté appel à la Cour Suprême, avec l'autorisation de cette Cour, contre tout jugement définitif ou autre de la plus haute cour de dernier ressort dans une province, ou de l'un de ses juges, où jugement peut être obtenu dans la cause particulière dont on veut appeler à la Cour Suprême, qu'une autre cour ait refusé ou non l'autorisation d'en appeler à la Cour Suprême".

essentiellement par cette disposition que la Cour Suprême peut être amenée à connaître des problèmes de droit susceptibles de soulever un rapport entre le système de common law et le droit civil.

Pour les Québécois, il s'agit par conséquent de réaliser les conditions qui permettront que leur droit civil soit interprété par une majorité sinon une totalité de civilistes compétents au sein de la Cour Suprême. Une telle revendication s'avère d'autant plus juste que beaucoup de juristes du Québec ont encore à la mémoire "(...) ces quelques périodes noires des débuts de la Cour Suprême pour le droit civil québécois" (1). Parce qu'ils doutent à l'instar de la Commission TREMBLAY qu'une instance judiciaire comme la Cour Suprême soit capable de juger "(...) selon la lettre et l'esprit de notre code civil et non selon le droit coutumier britannique" (2), nombre d'auteurs juridiques de la Province de Québec estiment qu'il y aurait lieu de repenser l'organisation de la Cour dans un sens de préserver une coexistence harmonieuse entre le système de common law et le droit civil (3).

En outre cette idée de spécialisation de la Cour Suprême a le mérite, au regard du Québec, de donner à celle-ci la possibilité d'être une instance judiciaire véritablement constitutionnelle.

(1) BAUDOIN J. L. : "L'interprétation du Code civil québécois par la Cour Suprême du Canada", R.B.C. 1975, vol. 53, p. 736.

cf. McWHINNEY E. : "Il est vrai qu'il y a eu quelques incidents politiquement malheureux provenant de décisions rendues par la Cour Suprême du Canada sur le Code civil québécois dans lesquelles les juges de common law ont, en fait, imposé le jugement définitif par le simple poids de leur nombre sur leurs collègues de droit civil (...)", ("A supreme court in a bicultural society : the future role of the canadian supreme court", Ontario Advisory Committee on Confederation - Background papers and reports - Toronto, Queen's Printer, 1967, vol. 1, p. 95).

cf. BAUDOIN J. L. : "Pour les causes de Code civil généralement (...) plus le jugement de la Cour d'appel risque d'être renversé lorsque toutefois les juges civilistes ne forment pas la majorité de la Cour", ("Etude de sociologie juridique sur le comportement de la Cour Suprême du Canada dans l'interprétation du droit québécois", Comité de la constitution, 1967, p. 101).

(2) Rapport TREMBLAY, op. cit., 1956, vol. 3, p. 300.

(3) BEAUDOIN G. A. : "Le contrôle des juristes québécois en droit civil doit être absolu et doit inspirer une confiance inébranlable, ("Pour une réforme de la Cour Suprême", op. cit., p. 5).

B - Les inquiétudes du Québec face à la fonction de la Cour Suprême
dans le domaine constitutionnel

D'aucuns remarquent avec justesse que si depuis 1949, la Cour Suprême décide en dernière instance de tout litige en matière constitutionnelle, celle-ci "(...) n'est pas, à proprement parler, un tribunal constitutionnel" (1). En effet, si par le biais de sa juridiction d'appel, la Cour a toute latitude pour modifier les décisions rendues dans le domaine constitutionnel provincial ou fédéral par les tribunaux supérieurs des provinces fédérées, elle a en outre à rendre des arrêts en matière civile ou criminelle. Elle ne constitue, dès lors, pas un tribunal constitutionnel spécialisé à l'image, par exemple, du tribunal constitutionnel de Karlsruhe en Allemagne fédérale.

L'idée de mettre en oeuvre une spécialisation de la Cour Suprême dans le domaine constitutionnel participe, selon les juristes québécois, de deux constats.

Il est relevé tout d'abord que seul un petit nombre de juges de la Cour Suprême sont spécialistes du droit public. Ceci est dû à ce que la plupart des juges siégeant au banc de la Cour sont des privatistes formés à l'école de la common law ou du droit civil. Il est inévitable, ainsi, que de tels juges soient plus armés pour analyser un litige de droit privé qu'un litige constitutionnel.

La deuxième constatation s'appuie sur le fait que les litiges constitutionnels sont relativement rares et occupent une place résiduelle dans la masse des causes inscrites au rôle de la Cour. De ce fait, beaucoup de juges, submergés par l'afflux de ces causes les plus diverses ne sont pas à même de trouver le temps suffisant pour se consacrer à l'étude de ces litiges constitutionnels dont les implications se révèlent, pourtant, d'une grande importance en ce qui a lieu la répartition des compétences entre les deux ordres de gouvernement (2).

Ce double constat renforçait les juristes québécois dans leur détermination de rechercher les conditions les plus adéquates au traitement des litiges constitutionnels par la Cour Suprême. Orientée vers une préservation du droit civil québécois et une meilleure approche des problèmes constitutionnels, l'idée de spécialisation de la Cour Suprême devait se concrétiser par des propositions de réaménagement de la Cour par le Québec.

(1) BROSSARD J. : "La Cour Suprême et la constitution - le forum constitutionnel du Canada", op. cit., p. 143.

(2) cf. LASKIN B. : "The supreme court of Canada", L.S.G. 1974, vol. 8, p. 251.

Paragraphe 2 - Les propositions du Québec quant à la spécialisation de la Cour Suprême

La démarche du Québec en ce qui concerne une spécialisation de la Cour Suprême participe d'une analyse pragmatique centrée sur l'objectif de protéger les intérêts particuliers de la Province. Il s'agit, dans cette perspective, d'améliorer l'organisation de la Cour Suprême, c'est-à-dire mettre en oeuvre des réformes structurelles précises et limitées de nature à rendre celle-ci moins menaçante pour l'autonomie québécoise.

Il conviendra dans un premier temps d'analyser l'envergure des réaménagements suggérés par le Québec et par ailleurs d'en décrire les suites.

A - Des réaménagements d'envergure

Il est à noter tout d'abord que ces propositions émanent pour la plupart des milieux doctrinaux québécois mais qu'elles furent reprises en des termes identiques pour certaines d'entre elles par les autorités québécoises. En outre, ces propositions devaient recevoir l'appui non négligeable de quelques auteurs anglo-canadiens. Deux projets furent l'occasion d'un débat important sur une éventuelle transformation des modalités de juridiction de la Cour Suprême. Le premier s'apparente au système des Chambres spécialisées et le second concerne la création d'une cour constitutionnelle.

1 - Le système des chambres spécialisées

Dans la mesure où le système des chambres spécialisées permet à la fois d'assurer une meilleure interprétation des litiges de droit civil et des litiges constitutionnels par un simple cloisonnement de la Cour en deux chambres distinctes, il réalise un compromis entre le statu quo et un bouleversement plus profond suggéré en l'occurrence par la Commission TREMBLAY. Celle-ci ne suggérerait-elle pas d'écarter purement et simplement les causes de droit civil de la juridiction de la Cour Suprême :

"La province de Québec, souligne le rapport, qui possède un droit civil propre aurait de fort bonnes raisons d'exiger et d'obtenir que les causes en matière civile provinciale soient jugées en dernier ressort par un tribunal suprême québécois" (1).

(1) Rapport TREMBLAY, op. cit., 1956, vol. 3, p. 300.

Le principe de confier à une instance judiciaire strictement québécoise le soin de connaître des affaires des matières civiles de la Province était repris par le ministre de la Justice, M. Rémi PAUL. Ce dernier estimait en effet qu' "afin de préserver l'intégrité du droit civil du Québec, nous devrions pouvoir établir, en matière de droit privé, un tribunal d'appel tout à fait québécois ayant juridiction finale" (1).

Toutefois, prenant conscience qu'une solution aussi radicale aurait peu de chance d'aboutir, les commissaires du rapport TREMBLAY recommandaient un simple aménagement du statu quo du champ de compétence de la Cour. La Commission proposait, à cet égard, que les causes relevant du droit civil soient jugées par un tribunal composé de cinq juges de la Cour Suprême comprenant obligatoirement les trois juges de formation juridique québécoise. De plus, seule une décision unanime de ces derniers rendrait possible le renversement d'un jugement de la Cour d'appel du Québec. Cette variante permettait de réintroduire les causes de droit civil devant la juridiction de la Cour Suprême tout en respectant l'unité d'organisation interne de celle-ci.

Avec le système des chambres spécialisées, cette unité éclate. Certains juristes québécois préconisent, en effet, la division de la Cour Suprême en deux chambres, l'une civile et l'autre de common law. D'après leur projet, les deux chambres réunies entendraient les appels soulevant des questions d'ordre constitutionnel ou de droit criminel. Toutefois pour ce qui concernerait les questions de droit civil, elles seraient entendues par la chambre uniquement civile, composée soit en majorité soit en exclusivité de juges civilistes. La partition de la Cour Suprême du Canada en deux chambres distinctes s'avère d'une nécessité évidente au professeur MORIN dans la mesure où elle ne fait qu'entériner la dichotomie profonde entre les systèmes juridiques de common law et de droit civil :

"L'interprétation judiciaire anglaise, note-t-il, est aux antipodes de l'interprétation française et même de l'optique canadienne française (...). Je voudrais que la future constitution de ce pays fasse une place à la philosophie juridique et politique canadienne française à la fois dans ses principes fondamentaux et dans sa forme. De ce fait, elle devrait être interprétée par un banc composé d'une façon égale de juristes de common law et de juristes civilistes éventuellement à partir des deux chambres qui ont été suggérées" (2).

(1) Allocution d'ouverture du congrès de l'Institut International de droit d'expression française à Montréal, 8 septembre 1969, p. 21.

GIBSON D. critique l'idée d'établir la Cour d'appel du Québec comme dernier degré de juridiction en matière de droit québécois, ("Constitutional law : federalizing the Judiciary", op. cit., p. 674).

(2) MORIN J. Y. : "A constitutional court for Canada", op. cit., p. 549.

D'autres auteurs soulignent le bien fondé d'une spécialisation de la Cour Suprême et préconisent des variantes du système des chambres spécialisées. Ainsi BEAUDOIN préfère-t-il lui substituer le système plus souple des bancs :

"(...) la formation de simples bancs est préférable, écrit-il, à celle des chambres spécialisées. Dans notre contexte canadien, le système des chambres spécialisées comme en connaissent certains pays d'Europe continentale ne semble pas une solution empreinte de souplesse suffisante" (1).

L'implantation dans le cadre d'une juridiction d'appel d'un système très structuré à cloisons étanches ne saurait, aux yeux du professeur BEAUDOIN, correspondre aux besoins du Canada. Ce dernier estime, en la circonstance, que le système des bancs s'avérerait plus adapté au contexte canadien. Ainsi propose-t-il un double banc au sein de la Cour : un banc civil composé de cinq juges issus de la Province de Québec et un banc constitutionnel formé de onze juges dont cinq en provenance de la Belle Province ou formé de neuf juges dont quatre québécois.

D'un autre côté des auteurs comme FARIBAULT et FOWLER ne rejettent pas le principe de la spécialisation de la Cour Suprême mais l'adaptent à leurs propres conceptions en ce domaine. Tout en souhaitant que la Cour

(1) BEAUDOIN G.A. : "La révision constitutionnelle et le statut de la Cour Suprême", op. cit., p. 263.

- cf. AZARD P. : "On pourrait concevoir assez facilement la création d'une section civile à la Cour Suprême, inspirée de la structure en section ou en chambres de la Cour de Cassation (...)", ("La Cour Suprême du Canada et l'application du droit civil de la province de Québec", op. cit., p. 560).

- cf. BAUDOIN L. : "Si l'on veut que le droit privé québécois échappe à la dilution dans laquelle l'entraîne pour partie la méthode et la manière de penser anglaise (...), il faut de toute nécessité créer cette section composée de juges canadiens français et canadiens anglais, originaires de la Province de Québec, qui soit seule compétente pour juger de toutes les questions de droit privé de cette province", ("Les aspects généraux du droit privé dans la province de Québec", op. cit., p. 82-83).

- cf. CREPEAU J.P. : "(...) il y aurait lieu, au moins en ce qui a trait au droit privé, de créer, au sein de la Cour Suprême, deux chambres : l'une, chambre de droit civil et l'autre, chambre de common law, de telle manière que les litiges de droit civil ne soient jugés que par des civilistes et les litiges de common law par des juges formés au common law", ("Le droit de la province de Québec, R.B. 1964, vol. 24, p. 550).

- cf. MAYRAND A. : "Une réforme de la Cour Suprême serait même possible : constituer ce haut tribunal en deux chambres, l'une de common law et l'autre de droit civil (...)", ("Le droit comparé et la pensée juridique canadienne", op. cit., p. 2).

- cf. O'HEARN P.J.T. : "Peace, order and good government - a new constitution for Canada", Toronto, MacMillan, 1964, p. 118.

continue d'être le tribunal d'appel de dernière instance en matière civile et criminelle et ce à l'origine aussi bien fédérale que provinciale, ces derniers proposent un aménagement de la juridiction de la Cour lorsqu'intervient un appel en provenance du Québec dans les matières du droit civil, municipal ou scolaire. Dans de telles circonstances, la Cour Suprême devrait, selon eux, être formée de juges venant de la Province de Québec qui seraient soit choisis parmi ceux siégeant sur le banc de la Cour Suprême, soit nommés ad hoc parmi les juges des tribunaux du Québec (1).

Certains auteurs des milieux doctrinaux anglo-canadiens émettent des suggestions qui pour la plupart recoupent le système des chambres spécialisées.

Ainsi un auteur comme O'HEARN souhaite-t-il que la compétence de la Cour dans une matière déterminée soit accordée par le législateur qui aurait juridiction en ce domaine avec une prépondérance du pouvoir central en cas de conflit. Le système échafaudé par ce dernier supposerait concrètement que la juridiction de la Cour en matière de droit civil lui serait octroyée par les autorités provinciales alors que la juridiction dans le domaine criminel le serait par les autorités fédérales. Dans cette perspective, la Province de Québec pourrait, dès lors, à sa guise, soustraire ou concéder à la Cour Suprême une juridiction relative au droit civil.

C'est également le point de vue du professeur WHINNEY. Ce dernier reprend à son compte le principe de la spécialisation de la Cour Suprême en suggérant l'établissement à l'intérieur de celle-ci d'une chambre de droit civil, d'une chambre de common law et enfin d'une chambre de droit constitutionnel :

"Si l'idée d'une spécialisation juridictionnelle dans la Cour Suprême du Canada peut être acceptée au regard du code civil québécois, alors il n'y a pas de bonne raison, en principe, pour que celle-ci ne pourrait pas être étendue aux autres branches du droit, par exemple la Common law et le droit constitutionnel" (2).

Estimant, de fait, que "la Cour souffre (...) de son manque de spécialisation (...)" (3), le professeur WHINNEY suggère la création d'une chambre spécialisée de droit civil d'une liste de cinq à sept ou neuf juges civilistes auxquels s'adjoindrait un juge de common law. Cette adjonction

(1) FARIBAULT M. & FOWLER R.M. : "Dix pour un ou le pari confédératif", 1965, Les Presses de l'Université de Montréal, p. 144.

(2) McWHINNEY E. : "A supreme court in a bicultural society : the future role of the canadian supreme court", op. cit., p. 96.

(3) McWHINNEY E., ibid., p. 95.

serait de nature, selon l'auteur, de "(...) maintenir des occasions de fertilisation réciproque entre les deux systèmes juridiques" (1).

Le deuxième volet de la spécialisation de la Cour Suprême préconisée par la Province de Québec concerne la création d'une cour constitutionnelle.

2 - La création d'une cour constitutionnelle

La nécessité aux yeux de certains auteurs d'envisager la création d'une cour constitutionnelle canadienne se fonde sur le fait que la Cour Suprême exerce relativement peu de contrôle sur la formation de son propre rôle et passe beaucoup de son temps à "(...) s'occuper de points techniques des "hommes de loi" que de questions de large intérêt public" (2). C'est à la même conclusion qu'aboutit le professeur RUSSELL qui, après avoir souligné l'augmentation sensible du nombre de causes traitées par la Cour Suprême depuis 1949, déclare :

"Les raisons des fédéralistes pour cette réforme sont renforcées par le large examen que la Cour Suprême consacre une large part disproportionnée de son temps et de son énergie sur des causes insignifiantes de droit privé" (3).

De tels arguments n'ont pas échappé aux auteurs juridiques québécois qui souhaiteraient à cet égard que la Cour Suprême du Canada, à l'instar de son homologue américaine, puisse, par le biais d'une réforme de son champ juridictionnel, être à même de se spécialiser exclusivement dans le domaine du droit constitutionnel. Ainsi, le professeur MORIN souhaitait-il dès 1965 que l'on procède à l'établissement d'un véritable tribunal constitutionnel comme en connaissent, selon lui, certains pays d'Europe :

"Pourquoi pas, alors, un "Bundesverfassungsgericht pour le Canada, qui pourrait être soit une chambre dans la Cour Suprême ou bien avoir un statut indépendant ? Toutes les questions constitutionnelles qui surgiraient dans une quelconque cour canadienne fédérale ou provinciale seraient dirigées immédiatement vers cette cour constitutionnelle fédérale, et les poursuites seraient

(1) McWHINNEY E. , *ibid.*, p. 96.

(2) FOWLER D. : "The canadian Bill of Rights : a compromise between Parliamentary and Judicial supremacy", *op. cit.*, p. 736.

(3) RUSSELL P.H. : "Constitutional reform of the canadian judiciary", *A.L.R.*, 1969, vol. 7, p. 126.

suspendues jusqu'à ce qu'une décision ait été rendue" (1).

En outre, une telle cour devrait refléter le caractère bi-national du Canada et en conséquence être formée par des juges qui viendraient en nombre égal du Canada anglais et de la Province de Québec. Ceci s'avérerait, selon l'auteur, un élément fondamental dans le "(...) rétablissement de la fidélité des Canadiens français aux institutions fédérales" (2).

Dans un article relatif au Québec et à l'arbitrage constitutionnel, le professeur MORIN réaffirmait ses suggestions en précisant qu'une cour constitutionnelle dotée d'un statut indépendant par rapport à la Cour Suprême serait un système plus adéquat qu'une chambre constitutionnelle distincte au sein de cette Cour. L'assise d'un statut indépendant recueille, en effet, les préférences de l'auteur dans la mesure où il "(...) permettrait de placer la Cour constitutionnelle au-dessus de la Cour Suprême et des gouvernements intéressés" (3). Par ailleurs, précise le professeur MORIN, la cour constitutionnelle pourrait être saisie par la procédure de renvoi de tout litige afférent à la validité d'une loi fédérale ou provinciale au regard de la constitution canadienne.

Les propositions du professeur MORIN ne sont pas isolées au sein de la doctrine québécoise. Ainsi des auteurs comme FARIBAULT soulignent-ils la nécessité de créer "(...) une véritable cour constitutionnelle qui puisse remplir un rôle de garantie et d'arbitrage moral aussi bien que juridique et dont les provinces puissent se dire qu'elles y ont à la fois participation et audience" (4).

(1) MORIN J. Y. : "A constitutional court for Canada", op. cit., p. 549-550. L'auteur déclare, par ailleurs : "La solution idéale consisterait à créer un tribunal constitutionnel spécial composé d'un nombre égal de juristes du Canada anglais et du Canada français", ("Vers un nouvel équilibre constitutionnel au Canada", in "L'avenir du fédéralisme canadien", op. cit., p. 153). cf. ibid. : TREMBLAY A. : "Le tribunal constitutionnel m'apparaît plus souhaitable que toute autre solution alternative ; il réconcilie ces nécessités d'indépendance aussi grande que possible pour la Cour, de traitement légal et politique du différend constitutionnel, et de meilleure garantie des droits de la communauté québécoise" ("L'arbitre d'un système fédéral : Canada", Travaux du douzième colloque international de droit comparé, Ottawa, 1974, Editions de l'Université d'Ottawa, 1976, p. 147-148).

(2) MORIN J. Y. : ibid., p. 550-551.

(3) MORIN J. Y. : "Le Québec et l'arbitrage constitutionnel : de Charybde en Scylla", op. cit., p. 617.

(4) FARIBAULT M. : "Vers une nouvelle constitution", 1967, Montréal, p. 127.

Cette opinion est également partagée par le professeur TREMBLAY. Ce dernier, en effet, ne rejette pas l'éventualité d'instituer une cour constitutionnelle ne serait-ce parce qu'elle serait de nature à donner plus de cohérence à la jurisprudence en matière constitutionnelle :

"Egalement utile, note-t-il, pourrait être la création d'une juridiction constitutionnelle au Canada qui exclurait les juges ordinaires du champ constitutionnel ; ainsi moins de juges se prononceraient en matières constitutionnelles, mais moins de confusion et moins d'empirisme existeraient" (1).

D'aucuns, par ailleurs, comme le professeur BEAUDOIN, savent pertinemment que seule une amélioration profonde de la juridiction de la Cour Suprême en matière constitutionnelle sera susceptible de "(...) retenir la confiance du Québec dans les arrêts en droit constitutionnel" (2).

On réalise, dès lors, les motivations qui ont poussé les autorités de la province de Québec à opter pour la transformation pure et simple de la Cour Suprême en cour constitutionnelle plutôt que de se rallier à une amélioration moins radicale de la juridiction de la Cour. Ainsi, en prévision de la conférence constitutionnelle de 1968, le Comité Permanent des fonctionnaires du Québec suggérait l'établissement d'une cour constitutionnelle. Cette proposition était reprise par le Premier ministre du Québec J.J. BERTRAND lors de la Conférence constitutionnelle de 1969 :

"Il y aurait lieu, avons-nous dit, que la constitution prévoie l'établissement d'une cour constitutionnelle (...)" (3).

Ce projet de créer une cour constitutionnelle fut à nouveau débattu au cours de la conférence constitutionnelle de 1970. Le premier Ministre québécois M. R. BOURASSA réaffirmait l'attachement de son gouvernement à l'instauration d'une telle cour en rappelant que "(...) le Québec croit qu'un tel tribunal est un instrument essentiel au maintien du nouvel équilibre constitutionnel" (4). De fait, il apparaissait clairement pour les dirigeants québécois qu'une instance judiciaire suprême formée intégralement de spécialistes de droit constitutionnel s'avérerait une meilleure garantie en ce qui concerne un juste partage des compétences entre Ottawa et Québec qu'une Cour Suprême

(1) TREMBLAY A. : "L'incertitude du droit constitutionnel canadien relatif au partage des compétences législatives", op. cit., p. 209.

(2) BEAUDOIN G.A. : "La révision constitutionnelle et le statut de la Cour Suprême", op. cit., p. 262.

(3) Conférence constitutionnelle, Ottawa, 12 février 1969, discours de l'Honorable J.J. BERTRAND, p. 413.

(4) Conférence constitutionnelle, Ottawa, 14-15 septembre 1970, p. 20.

dominée présentement par des juges privatistes.

On réalise ainsi qu'à travers ce double projet de chambres spécialisées et de cour constitutionnelle, les autorités du Québec entendent préserver à la fois leur patrimoine civiliste et s'assurer d'une approche jurisprudentielle plus appropriée des questions constitutionnelles. De fait, la spécialisation de la Cour Suprême réclamée avec insistance par les dirigeants québécois relève moins d'une réforme strictement juridique que d'une option politique orientée vers une certaine neutralisation de la Cour à l'endroit de la Province de Québec.

Il conviendra dès lors de se demander si la prééminence donnée aux motivations politiques n'a pas été de nature à compromettre le devenir des propositions du Québec dans le domaine d'une spécialisation de la Cour.

B - Des réaménagements sans lendemain

Les propositions du Québec quant à une éventuelle spécialisation de la Cour Suprême présentent paradoxalement un fondement à la fois solide et fragile. Leur solidité provient de leur justesse. En effet, elles s'appliquent à définir à travers certaines modalités juridiques de réforme, un consensus politique susceptible d'intégrer plus harmonieusement la Cour Suprême dans le cadre des rapports entre le gouvernement fédéral et les provinces fédérées. Cependant, ces propositions s'avèrent fragiles dans la mesure où elles ne mesurent pas les implications juridiques directes dans le contexte particulier du fédéralisme canadien.

Il y aura lieu, en conséquence, de montrer que le rejet des propositions québécoises procède beaucoup plus d'arguments essentiellement juridiques que de motivations globalement politiques.

1 - L'opposition fédérale au système des chambres spécialisées

Si une large partie des milieux doctrinaux québécois sont favorables à un tel système, certains auteurs contestent ce dernier en se basant sur deux constats. Le premier concerne, selon eux, la soi-disante perversion du droit civil par la common law. Le second a trait à l'inadaptation du système des chambres spécialisées au cadre juridique canadien.

D'aucuns, à cet égard, loin d'entériner une ségrégation volontaire entre les systèmes juridiques de common law et de droit civil se demandent si le contact et même une certaine influence réciproque ne seraient pas en

définitive plus fructueux qu'une séparation étanche. De fait, pour le professeur BEAUDOUIN, il convient de dissiper toute confusion sur la nature de ce contact qui, à ses yeux, ne saurait être assimilé à une dilution voire à une supplantation d'un système juridique par un autre :

"(...) il convient, note-t-il, de se défaire de l'image d'Epinal selon laquelle le droit civil est "corrompu" par la common law, la common law attente à la "pureté" du droit civil, le droit civil est lentement "érodé" par l'influence "pernicieuse" de la common law" (1).

C'est dire qu'une telle appréciation ruine le postulat avancé par les dirigeants québécois selon lequel toute forme d'interaction entre les deux systèmes juridiques amènerait nécessairement une désagrégation du droit civil par la common law. Certes toute coexistence de deux systèmes juridiques de cet ordre implique nécessairement une certaine influence réciproque et toute démarche qui s'attacherait à supprimer, par un strict cloisonnement, ce champ d'influences procéderait d'une vision idéaliste. Jouissant d'une assise géographiquement isolée, le droit civil de la Province de Québec a subi inéluctablement l'influence de la common law anglo-américaine. Par là-même s'est opéré un certain métissage des règles de droit civil. Toutefois si cette inévitable mixage du droit civil est considéré par les autorités de Québec comme un abâtardissement, il est regardé, par contre, comme un apport utile pour certains auteurs. Ainsi, dans cette dernière optique, tout emprunt effectué par le droit civil québécois à la common law s'avère profitable dans la mesure où il correspond à un besoin véritable. Dans de telles circonstances, en emprunt, lucidement éclairé, de cette nature n'est que l'illustration d'une saine complémentarité d'un système juridique donné et "(...) loin d'être un facteur négatif, peut être un facteur d'enrichissement du droit national (...)" (2).

Aussi, certains juristes québécois estiment-ils que l'organisation actuelle de la Cour Suprême en matière juridictionnelle s'avère dynamique parce qu'elle permet une émulation mutuelle entre les deux systèmes juridiques :

"(...) la composition actuelle de ce tribunal, remarque TRUDEL, loin de préoccuper ou d'inquiéter, devrait être considérée comme une formule bénéfique pour la confrontation de nos deux philosophies juridiques, favorisant une critique constructive de chacune et une méthode pratique de droit comparé propre à enrichir plutôt qu'à appauvrir" (3).

(1) BAUDOUIN J.L. : "L'interprétation du Code civil québécois par la Cour Suprême du Canada", op. cit., p. 716.

(2) BAUDOUIN J.L., ibid., p. 717.

(3) TRUDEL G. : "Le pouvoir judiciaire au Canada", R.B. 1968, vol. 28, p. 239.

On relève une opinion identique dans les propos du professeur BEAUDOIN qui se considère favorable au maintien des appels en matière civile à la Cour Suprême : "Notre pays, déclare-t-il, constitue un modèle vivant de droit comparé (...). Il s'agit là d'une richesse dont nous aurions tort de ne pas tirer profit" (1).

De fait, il advient au regard de certains que la prétendue menace de la common law sur le droit civil ne se justifierait que par un réflexe d'auto-défense de ceux qui s'attachent à préserver le patrimoine civiliste du Québec. A cet égard, si d'aucuns admettent que la juxtaposition des deux systèmes juridiques peut soulever quelque inquiétude légitime, il serait toutefois malhonorable d'en grossir l'ampleur et d'y trouver un prétexte à controverse. Le professeur BONENFANT rappelait en la circonstance qu'on avait "(...) peut-être exagéré l'adultération du droit québécois par l'intervention de la Cour Suprême ou du moins ses dangers" (2). Certes, il est indéniable que dans certaines causes, la Cour Suprême n'ait pas toujours siégé à neuf juges et qu'en conséquence sur un problème concernant le droit civil de la Province de Québec, les juges civilistes québécois se soient trouvés en minorité. L'impact d'une telle allégation avancée par les partisans du cloisonnement entre les deux systèmes, se trouve cependant émoussé à la lumière des faits. Une analyse du comportement de la Cour Suprême à l'endroit du droit québécois permet, en effet, de constater que de la période allant de 1949 à 1965, la Cour dans près de 86 % des cas a eu une très nette tendance à siéger par banc de cinq juges. Par ailleurs, entre les années 1955 et 1965, la présence maximale des juges venant de la Province de Québec a été assurée dans les affaires provenant de celle-ci dans une proportion de 86,6 % (3). Une autre étude (4) souligne, en

(1) BEAUDOIN G.A. : "Du maintien des appels à la Cour Suprême du Canada en matière de droit civil", A.L.R. 1976, vol. 14, p. 146.

(2) BONENFANT J.C. : "La Cour Suprême et le partage des compétences", op. cit., p. 25.

(3) BAUDOUIN J.L. : l'auteur constate qu'entre 1955 et 1965, "(...) les cas où les juges civilistes siègent au maximum, c'est-à-dire à 3, ne représentent que 34,09 % du total. De même les instances où aucun civiliste ne siège, soit 121 sur 839, forment 14,42 % du total. Par contre, on peut noter un relatif équilibre des proportions entre les cas où les juges québécois siègent au maximum moins un civiliste (23,96 %) et ceux où ils siègent au maximum moins deux civilistes (27,53 %)", ("Etude de sociologie juridique sur le comportement de la Cour Suprême du Canada dans l'interprétation du droit civil québécois", op. cit., p. 93).

cf. ibid. : LALANDE L. : "La pratique de la Cour a toujours tenu, dans les appels où des questions de droit civil sont à l'étude, que tous les juges de Québec disponibles fassent partie du banc", ("Audition des appels de Québec à la Cour Suprême", R.B.C. 1955, vol. 33, p. 1105).

(4) cf. Statistical analysis of 1972, R.C.S. O.H. L.J., 1974, vol. 12, p. 416.

outre, que contrairement aux assertions des autorités québécoises, la Cour Suprême a confirmé la Cour d'appel du Québec dans les causes de droit civil sept fois sur neuf durant l'année 1972.

Si des divergences apparaissent au sein de la doctrine québécoise sur la valeur des mobiles pouvant justifier l'instauration d'un système de chambres spécialisées à l'intérieur de la Cour Suprême, un constat de désaccord survient par ailleurs, sur l'application d'une telle réforme dans le contexte canadien.

C'est essentiellement à ce niveau que les griefs des adversaires de la partition de la Cour Suprême en deux chambres sont les plus nourris. Ces derniers centrent leur argumentation sur le fait que la spécialisation juridictionnelle est une technique importée d'Europe et par là-même ne saurait s'insérer dans un contexte juridique de tradition anglo-américaine. "Notre optique, note le professeur BEAUDOIN, diffère de l'optique européenne. L'implantation chez nous d'un système très structuré et à cloisons étanches ne répondrait pas à nos besoins" (1).

De fait, les partisans du système des chambres spécialisés reconnaissent que la conception même d'une spécialisation juridictionnelle se rattache intrinséquement au schéma européen de l'organisation judiciaire tant il est vrai que dans le cadre juridictionnel anglo-américain, les cours de dernière instance sont des tribunaux d'appel de juridiction générale. Sur le fond, le professeur MORIN en convient clairement :

"L'esprit et les techniques de la common law s'accomodent mieux, en effet, d'un système qui n'établit point des distinctions trop étanches entre le droit constitutionnel, le droit privé et le droit "statutaire" ; toute la tradition britannique, avec le rôle prépondérant qu'elle accorde au juge et l'accent qu'elle place sur le droit coutumier, va à l'encontre de la spécialisation des tribunaux" (2).

A cet égard, comme l'observe le professeur WHINNEY, la spécialisation des organes juridictionnels européens n'est qu'un élément parmi d'autres permettant de mettre en lumière la "(...) démarcation précise entre la cour fédérale européenne et ce qui peut être appelé le stéréotype anglo-saxon existant d'une manière générale aux Etats-Unis et dans les pays du Commonwealth" (3). L'auteur remarque ainsi, par ailleurs, qu'au-delà de sa structure

(1) BEAUDOIN G.A. : "La révision constitutionnelle et le statut de la Cour Suprême", op. cit., p. 263.

(2) MORIN J. Y. : "Le Québec et l'arbitrage constitutionnel : de Charybde en Scylla", op. cit., p. 616.

(3) McWHINNEY E. : "A supreme court in a bicultural society : the future role of the canadian supreme court", op. cit., p. 92.

spécialisée, une instance judiciaire européenne se caractérise par sa collégialité dans la mesure où le jugement émane de la Cour en tant que telle sous la forme d'une opinion unique. En outre, la pratique des opinions dissidentes ne se retrouve pas dans le corps des décisions judiciaires européennes qui sont rendues d'une façon collective et donc anonyme.

On réalise, dès lors, que la spécialisation en vigueur au sein des ordres juridictionnels européens n'est qu'un maillon de leur particularisme. Une transposition d'une telle technique dans le contexte juridictionnel canadien ne saurait en conséquence se faire sans difficulté :

"(...) la spécialisation judiciaire, estime G.E. LE DAIN, (...) ne devrait pas être adoptée sans un examen attentif de son effet possible sur la politique et la technique judiciaire, aussi bien que sur le développement sain du droit canadien" (1).

Pour ce dernier, la question de la division des chambres à la Cour Suprême se révèle malfondée parce qu'elle s'enracine dans "(...) une vue plus que simplifiée" (2) de la manière dont les causes sont résolues devant la Cour. En effet, l'auteur constate qu'à part quelques opinions dissidentes des juges de common law, les juges québécois ont contrôlé le développement de la jurisprudence de la Cour en matière de droit civil, et ce d'autant plus qu'ils ont reçu une aide constructive de leurs collègues de common law.

Il est aisé, ainsi, de voir que la réticence de nombreux auteurs quant à la spécialisation de la Cour Suprême ne provient pas de la technique en tant que telle mais des répercussions qu'elle pourrait entraîner dans l'organisation de la Cour. Ces derniers en restent donc à une attitude figée, conservatrice dans la mesure où au nom d'une certaine appréhension ils rejettent le progrès de l'innovation réformatrice.

En l'espèce, des juristes comme le professeur WHINNEY se rendent bien compte que le principe de la non-spécialisation des cours anglo-américaines a "(...) quelque chose de fétichiste (...)" (3) d'autant plus que dans plusieurs pays d'influence britannique, on assiste à un mouvement de spécialisation notamment dans le domaine du droit administratif. Y aurait-il, comme le pensent les défenseurs du système des chambres spécialisés, deux poids et deux mesures ? Pourquoi refuserait-on d'appliquer aux matières civiles ce que l'on a accordé pour les matières administratives ?

(1) LE DAIN G.E. : "Concerning the proposal constitutional and civil law specialization at the supreme court level", op. cit., p. 107.

(2) LE DAIN G.E. : *ibid.*, p. 109.

(3) McWHINNEY E. : "Constitutionalism in Germany and the federal constitutional court", Leyden Sythoff, 1962, p. 20.

Aussi, ce n'est plus véritablement sur le principe de la spécialisation que se cristallisent les divergences doctrinales mais sur les modalités d'adaptation de ce principe au cadre juridique canadien. La conclusion du professeur WHINNEY est, à cet égard, révélatrice du déplacement du débat sur cette question :

"Le point est, naturellement, qu'une fois le principe de la spécialisation judiciaire a été accepté, la question sur le meilleur moyen de l'appliquer n'est pas ce qui manque dans les précédents de droit comparé qui seraient facilement susceptibles d'être adaptés aux besoins spéciaux du Canada aujourd'hui" (1).

On observe donc une absence d'unanimité au sein de la doctrine canadienne en ce qui concerne l'instauration du système des chambres spécialisées dans la Cour Suprême. Ces divergences de vues ne signifient pas pour autant un rejet des propositions québécoises mais révèlent une double approche de la question. A une approche québécoise privilégiant l'objectif politique du projet s'oppose une approche strictement juridique des adversaires de la spécialisation.

Il est, à cet égard, révélateur que cette double approche transparaît dans l'attitude du gouvernement fédéral vis-à-vis de la proposition québécoise en matière de spécialisation.

Ainsi, lors de la séance plénière de la Conférence constitutionnelle du 12 février 1969, le ministre fédéral de la justice M. TURNER rejetait les réclamations du Québec :

"Nous ne pensons pas non plus qu'il faille ériger, à l'intérieur de la Cour même, des cloisons étanches. La juridiction du tribunal doit être intégrale et entière (...). Dans notre système, une action en justice met en cause deux justiciables qui s'opposent l'un à l'autre. Une action de ce genre peut mettre en cause des matières de droit civil, des lois fédérales ou des questions d'ordre constitutionnel, le tout étant confondu dans les faits et mettant donc en cause le droit tout entier" (2).

Les autorités fédérales s'en tiennent donc à une position de principe traditionnelle en rejetant par une argumentation juridique basée sur l'homogénéité juridictionnelle de la Cour la théorie des "chambres". Toutefois

(1) McWHINNEY E. : "Federal supreme courts and constitutional review", op. cit., p. 601.

(2) Conférence constitutionnelle, Ottawa, 12 février 1969, p. 411.

la proposition québécoise suscite chez le ministre fédéral un certain écho dans la mesure où ce dernier, conscient du bien fondé des craintes québécoises en matière de droit civil, admet dans certains cas la nomination de juges civilistes pour renverser ou rétablir un quorum contestable :

"Nous entendons, déclare M. TURNER, même aller plus loin et prévoir la désignation de civilistes de circonstance, chaque fois que nous jugerons qu'il faut que certaines causes de droit civil soient entendues par un nombre suffisant de juges" (1).

Cette attitude d'accommodation était observable à nouveau lors de la conférence constitutionnelle du 10 décembre 1969. Au cours de celle-ci, le ministre de la Justice faisait preuve d'un esprit d'ouverture à l'égard des thèses québécoises relatives à une éventuelle spécialisation de la Cour en n'écartant pas la possibilité "(...) qu'on en arrive (...) à une certaine souplesse dans la régie interne du tribunal" (2).

De fait, si le gouvernement fédéral ne cède en rien sur le fond aux exigences de la Province de Québec dans la mesure où il considère que la juridiction générale de la Cour Suprême s'avère plus conforme à la tradition judiciaire canadienne, il n'entend pas pour autant renoncer à apporter des améliorations à l'intérieur du cadre juridictionnel actuel du tribunal suprême. A la réforme structurelle de la Cour préconisée par la Province de Québec, Ottawa répond par un simple aménagement palliatif et circonstanciel :

"Ce ne signifie pas, déclare le Premier ministre fédéral P.E. TRUDEAU, que le gouvernement ait rejeté la possibilité de doter la Cour de structures souples qui lui permettraient, comme c'est le cas à l'heure actuelle, de former des chambres pour entendre des questions de droit civil, de droit commun ou de législation fédérale" (3).

(1) Ibid., p. 411.

(2) Conférence constitutionnelle, Ottawa, 10 décembre 1969, p. 249.

(3) TRUDEAU P.E. : "La constitution canadienne et le citoyen", op. cit., p. 41.

- Le gouvernement fédéral devait, à cet égard, formuler la proposition suivante : "S'il arrivait que l'un ou plusieurs des trois juges provenant de la province de Québec soient incapables de participer à l'audition des appels de cette province, le juge en chef ou, en son absence, le juge en chef suppléant serait autorisé à désigner un ou plusieurs membres de la cour supérieure du Québec à siéger au tribunal comme juges ad hoc" (p. 85).

- La Charte de Victoria de 1971 contenait dans son article 39 de nouvelles propositions fédérales : "Lorsqu'une affaire dont la Cour Suprême du Canada est saisie, soulève des questions de droit qui portent sur le droit civil de la Province de Québec, mais ne soulève aucune autre question de droit, elle est entendue par cinq juges ou, du consentement des parties, par quatre juges, dont .../...

Si le gouvernement fédéral entend donc demeurer le maître sans partage dans le domaine de l'organisation juridictionnelle de la Cour Suprême au niveau de ses principes fondamentaux, il s'efforce néanmoins de faire oeuvre de compromis en prévoyant qu'en tout état de cause, le contrôle des juristes québécois reste absolu dans les causes civiles soumises à la Cour. La question est cependant de savoir si cette attitude médiane s'avère suffisante pour restaurer chez les Québécois la "(...) confiance inébranlable (...)" (1) qui fait gravement défaut à la Cour Suprême.

Parallèlement à l'échec essuyé en ce qui concerne le système des chambres spécialisées, la Province de Québec se heurtait à l'opposition d'Ottawa sur la création d'une Cour constitutionnelle.

2 - L'opposition fédérale à une Cour constitutionnelle

La proposition faite par le Québec d'établir une cour constitutionnelle distincte de la Cour Suprême est séduisante par la clarté de ses objectifs mais se révèle toutefois discutable dans sa traduction au niveau de la réalité judiciaire canadienne.

La séduction d'une telle proposition se situe essentiellement dans les avantages retirés de la création d'une instance juridictionnelle de dernière instance spécialisée uniquement dans les matières constitutionnelles. Il ne fait nul doute, en effet, que soumis à l'appréciation de juges spécialistes du droit public, les litiges constitutionnels seraient tranchés dans les meilleures conditions et auraient une autorité incontestable. Ainsi, la juridiction d'une telle cour serait à même d'estomper sensiblement la défiance du Québec à l'encontre des décisions rendues dans le domaine de l'interprétation de la répartition des compétences entre l'Etat fédéral et les provinces fédérées.

Certes, l'on peut avancer que l'érection d'une cour constitution-

...
trois au moins ont les qualités prescrites par l'article 25. Si, pour quelque raison, trois juges de la Cour ayant ces qualités ne sont pas disponibles, la Cour peut nommer autant de juges ad hoc qu'il est nécessaire pour entendre une affaire en les choisissant parmi les juges ayant ces qualités et qui sont membres d'une cour supérieure d'archives établie par une loi fédérale ou d'une cour supérieure d'appel de la Province de Québec".

(1) BEAUDOIN G.A. : "La révision constitutionnelle et le statut de la Cour Suprême", op. cit., p. 261.

nelle contribuerait à diminuer le rôle et le prestige de la Cour Suprême dans la mesure où dans les Etats pourvus d'une cour constitutionnelle, c'est celle-ci qui a la renommée la plus grande (1). C'est toutefois au niveau de la traduction de cette proposition que surgissent les réticences de la doctrine. De fait, à l'instar du système des chambres spécialisées, certains auteurs sont rebutés par cette spécialisation constitutionnelle qui n'est que la transposition pure et simple du modèle juridictionnel européen. Une insertion d'une telle sorte de cour s'avère d'autant plus délicate à leurs yeux qu'il n'existe pas au Canada de tradition de spécialité constitutionnelle. Il convient, dès lors, de se demander si cette transplantation est souhaitable. Le professeur BEAUDOIN ne le pense pas :

"Les cours constitutionnelles européennes et autres, estime-t-il, peuvent présenter pour nous un certain intérêt, mais nous sommes portés à croire que la solution canadienne sera sui generis parce qu'au fond, nos problèmes diffèrent de ceux des autres fédérations" (2).

Dans un point de vue comparable, le professeur LE DAIN considère discutable le principe même de la greffe d'un type de spécialisation d'origine européenne dans le tissu juridictionnel canadien :

"La spécialisation constitutionnelle, souligne-t-il, est apparue en Europe comme une réponse particulière aux conditions politiques et judiciaires spéciales qui n'ont aucun rapport avec le Canada" (3).

Par ailleurs, le contenu d'une telle proposition comporte, selon lui, "(...) le sérieux inconvénient (...)" (4) de tendre à dissocier dans une affaire la résolution des questions constitutionnelles des considérations des autres questions.

Pour d'autres, au lieu de songer à recourir à une spécialisation superflue, il serait préférable d'améliorer la compétence constitutionnelle de la Cour Suprême par le truchement des dispositions existantes. A cet égard, souligne le professeur RUSSELL, la Loi sur la Cour Suprême du Canada de par l'article 62 autorise les tribunaux à déférer toute question constitutionnelle

(1) cf. DUVERGER M. : "Institutions politiques et droit constitutionnel", Paris, P. U. F., 1966, p. 223-224.

(2) BEAUDOIN G.A. : "Le système judiciaire canadien", R.B. 1968, vol. 28, p. 120.

(3) LE DAIN G.E. : "Concerning the proposed constitutional and civil law specialization at the supreme court level", op. cit., p. 125.

(4) LE DAIN G.E. : ibid., p. 119.

qui surviendrait dans une affaire civile devant la Cour, à condition, toutefois, que la législature provinciale ait voté une loi permettant aux juges d'avoir recours à cette procédure. Celle-ci fut largement ignorée par les juges dans la mesure où elle exigeait d'eux de suspendre les procédures à un jugement rendu par une juridiction d'appel éloignée. Si cette disposition n'était pas tombée en désuétude, le rôle constitutionnel de la Cour Suprême, estime l'auteur, aurait été sensiblement plus important :

"Les décisions constitutionnelles, au lieu de constituer un minuscule pourcentage de la charge de travail de la Cour Suprême, auraient pu devenir d'une grande portée au rôle de la Cour" (1).

Pourquoi, dès lors, n'utiliserait-on pas à présent toutes les potentialités de l'article 62 qui permettraient à la Cour Suprême de jouer un rôle plus décisif dans le domaine constitutionnel?

D'aucuns, en outre, doutent de l'utilité même d'une cour constitutionnelle dans la mesure où les juges de ce tribunal spécialisé en droit constitutionnel siègeraient peu en raison de l'absence de causes :

"(...) il n'y a pas lieu de souhaiter, déclare le professeur BEAUDOIN, l'avènement d'une cour constitutionnelle pour se prononcer en matière de partage des compétences législatives. (...) Les causes constitutionnelles sont relativement peu nombreuses" (2).

(1) RUSSELL P.H. : "The jurisdiction of the supreme Court of Canada : present policies and a programme for Reform", op. cit., p. 8.

(2) BEAUDOIN G.A. : "La Cour Suprême et le partage des compétences législatives", op. cit., p. 54. L'auteur note à cet égard que "nous avons somme toute un nombre restreint de causes constitutionnelles à la Cour Suprême", ("Le fédéralisme face à la société post-industrielle : au Canada", op. cit., p. 57). - cf. KILGOUR D.G. & LOUKIDELIS S.D. : "Parmi les différentes sortes de litiges gouvernementaux, les plus importants étaient peut-être des questions d'ordre criminel, constitutionnel et de taxation. Ils représentaient 16 %, 4 % et 12 % respectivement du total des litiges gouvernementaux. (...) Des matières de droit privé entrent pour 62 % du travail de la Cour", ("The work of the supreme court of Canada, 1950-1954", U.T.S.L.R. 1954-1955, vol. 12-13, p. 19).

- cf. MITCHELL S.R. : "(...) la Cour Suprême du Canada n'est pas une cour constitutionnelle dans le plein sens du terme puisque plus de 95 % de son travail comporte l'examen de routine de questions civiles ordinaires et de common law", ("The supreme court of Canada since the abolition of appeals to the Judicial Committee of The Privy Council", Canadian Political Science Association, 1967, p. 3).

- cf. CORY J.A. : l'auteur soulève "(...) la difficulté de déterminer, au début du litige, si la question soulevée est véritablement constitutionnelle, qui va dire, à ce niveau, si ce litige doit aller à la cour constitutionnelle ou pas", ("Témoignage devant le Comité spécial mixte sur la Constitution du Canada, Procès-verbaux, 21 janvier 1967, fascicule 45, p. 45).

Si l'auteur reconnaît un mérite certain à l'institution d'une telle cour, celle-ci comporte cependant des désavantages sérieux. Ainsi, il y a lieu de craindre, à son avis, qu'un tribunal constitutionnel soit porté, de par sa nature, à rendre plus facilement des jugements motivés par des considérations politiques. C'est dire, à cet égard, qu' "une cour de justice de dernier ressort est moins sujette à l'arbitrage politique qu'une cour constitutionnelle (...)" (1).

La proposition québécoise de créer une cour constitutionnelle devait avoir une fortune diverse. Lors de la Conférence fédérale-provinciale de 1969, le gouvernement fédéral opposa une fin de non-recevoir en refusant de remettre en cause le caractère général de la juridiction de la Cour Suprême. "Il ne faudrait pas, déclarait en la circonstance M. TURNER, y voir un organe spécialisé, compétent en matières constitutionnelles seulement" (2). Et d'ajouter d'une manière toute aussi claire qu'abrupte :

"(...) je tiens à dire que je suis en faveur d'une Cour possédant pleine juridiction, c'est-à-dire une juridiction qui ne soit pas restreinte aux matières constitutionnelles (...)" (3).

Le refus des autorités d'Ottawa d'entériner un tel projet ne signifiait pas pour autant qu'une voie médiane ne puisse pas se dégager en ce domaine. A l'époque, le Premier ministre fédéral ne suggérerait-il pas que "(...) la constitution définisse la juridiction de la cour relative aux questions constitutionnelles" (4) ? Cette proposition fédérale trouvait une concrétisation dans l'article 35 de la défunte Charte de Victoria :

"La Cour Suprême du Canada connaît et dispose en appel de toute question constitutionnelle dont il a été disposé dans tout jugement rendu par quelque cour que ce soit au Canada. Elle connaît et dispose également en appel de toute question constitutionnelle dont il a été disposé par quelque cour que ce soit au Canada dans la détermination de toute question quelconque déférée pour avis à une telle cour (...)" (5).

Avec l'échec de la Conférence de Victoria, les négociations entre les autorités fédérales et la Province de Québec furent rompues. Toutefois

(1) BEAUDOIN G.A. : "Du maintien des appels à la Cour Suprême du Canada en matière de droit civil", op. cit., p. 145.

(2) Conférence constitutionnelle, Ottawa, 12 février 1969, l'honorable M. TURNER, p. 411.

(3) Ibid., p. 412.

(4) TRUDEAU P.E. : "La constitution canadienne et le citoyen", op. cit., p. 85.

(5) Article 35, Charte de Victoria, 1971.

un rapport de 1972 rédigé par le Sénat et la Chambre des Communes révélait une certaine évolution en ce qui concernait une éventuelle assimilation de la Cour à un tribunal constitutionnel de facto :

"La Cour Suprême du Canada, lit-on, conserverait sa compétence en matière de législation fédérale ou en matière constitutionnelle et elle serait saisie des questions relevant des législatures provinciales que les provinces n'auraient pas soustraites à sa juridiction" (1).

Les dernières propositions d'Ottawa (2) sembleraient indiquer un rapprochement de vue entre les positions du gouvernement fédéral et celles de la Province de Québec dans la mesure où la Cour Suprême serait dotée d'un statut de tribunal constitutionnel.

Si l'hostilité du Québec à l'encontre de la Cour Suprême du Canada s'est matérialisée dans une remise en cause de sa structure et de sa juridiction, elle s'est, par ailleurs, cristallisée sur la procédure même de composition du plus haut tribunal juridictionnel canadien (3).

(1) Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des Communes sur la constitution du Canada, op. cit., p. 39.

cf. TRUDEAU P.E. : "La constitution pourrait prévoir que la Cour aura entière juridiction sur tout appel dans lequel est soulevée une question constitutionnelle", ("La constitution canadienne et le citoyen", op. cit., p. 43).

(2) ROY M. : "La constitution qu'on nous prépare", Le Devoir, 1er mars 1976, p. 4.

(3) La Cour Suprême comprenait entre 1875 et 1927 six juges dont deux du Québec, de 1927 à 1949, elle comprenait sept juges.

CHAPITRE II : LA COMPOSITION DE LA COUR SUPREME

Peter RUSSELL remarquait laconiquement que si les Québécois vouaient une si grande défiance à l'égard de la Cour Suprême, c'était parce que celle-ci reflétait "(...) à la fois dans son personnel et dans ses procédures (...) principalement une institution de langue anglaise" (1). Cette observation s'avère significative car elle permet de mesurer combien la Cour Suprême du Canada est toujours demeurée un organe judiciaire étranger pour la population du Québec. De fait, si "(...) depuis un quart de siècle, la Cour Suprême n'a pas joui dans le Québec d'une forte cote d'amour (...) " (2), la raison réside dans le fait que beaucoup de Québécois considèrent la Cour Suprême comme le bras du gouvernement fédéral.

A cet égard, le caractère peu orthodoxe au regard des principes du fédéralisme des procédures relatives à la composition de la Cour ne pouvait qu'inciter les dirigeants québécois à mettre en doute l'indépendance et par conséquent l'impartialité du tribunal suprême canadien.

Dès lors, il n'était pas surprenant que la Province de Québec ait réagi avec une certaine amertume lorsque l'abolition des appels au Comité Judiciaire du Conseil Privé laissa le champ libre à la Cour Suprême dans le domaine constitutionnel. En effet, le tribunal londonien dont le statut lui permettait d'être "(...) complètement indépendant des gouvernements général et provinciaux" (3), s'était forgée la réputation d'un tribunal impartial dans l'opinion publique québécoise :

"(...) le Comité judiciaire, note le professeur MORIN, avait acquis, en tant qu'arbitre d'un vaste empire, une certaine tradition d'impartialité et de détachement que soulevait la coexistence d'un grand nombre de peuples" (4).

(1) RUSSELL P.H. : "The supreme court of Canada as a bilingual and bicultural institution", op. cit., p. 212.

(2) BONENFANT J.C. : "La Cour Suprême et le partage des compétences", op. cit., p. 25.

(3) WHEARE K.C. : "Federal government", op. cit., p. 60.

(4) MORIN J.Y. : "Le Québec et l'arbitrage constitutionnel : de Charybde en Scylla", op. cit., p. 609.

De fait, la juridiction du Conseil Privé en matière d'interprétation de la constitution de 1867 était d'autant mieux acceptée que les Canadiens s'accordaient à lui reconnaître une "(...) indépendance incontestable (...) " (1). Il est significatif, à cet égard, que l'autorité jurisprudentielle du Conseil Privé ne fut de quelque manière que ce soit remise en cause par les deux ordres de gouvernement. En effet, comme le note ROWAT, si les décisions du tribunal londonien ont été toujours acceptées par le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux sans aucune contestation, c'était parce que pour eux, "cet organe constituait clairement une autorité indépendante capable d'interpréter les termes de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique et de résoudre les litiges en conflit (...) " (2).

Tant auprès des autorités fédérales et provinciales qu'auprès de la communauté canadienne, le Conseil Privé s'était ainsi imposé comme un arbitre indépendant dans l'interprétation des conflits de compétence au sein du fédéralisme canadien. Par ailleurs, le rôle juridictionnel du Conseil Privé était perçu par beaucoup comme irremplaçable dans la mesure où aucune instance judiciaire canadienne n'était en situation, de par leur statut, de conquérir une telle notoriété d'impartialité :

"Beaucoup de Canadiens, remarque LIVINGSTON, sentaient que l'objectivité et le désintéressement du lointain Conseil Privé assurait une impartialité de l'interprétation constitutionnelle qui ne pouvait être obtenue au Canada" (3).

En 1949, le Comité Judiciaire du Conseil Privé payait le prix de son indépendance en tombant sous les coups des détracteurs du gouvernement fédéral. Son éviction de la scène judiciaire canadienne laissait un vide sensible qu'une Cour Suprême du Canada ne pouvait combler. Déconsidérée par un statut non constitutionnel, la Cour Suprême n'avait ni les moyens, ni l'envergure nécessaires pour se hisser au rang d'impartialité qu'occupait son prédécesseur. Grandie dans le sérail du gouvernement fédéral, la Cour Suprême était d'emblée disqualifiée comme arbitre juridictionnel fédéral de dernier ressort, ne serait-ce, pour les Québécois, que par les modalités de composition de la Cour. C'est essentiellement sur celle-ci que se centrèrent les critiques des milieux québécois dans la mesure où le caractère unilatéral du mode de nomination des juges ruinait de droit l'indépendance de la Cour Suprême.

(1) TREMBLAY A. : "Les techniques d'interprétation des constitutions", op. cit., p. 53.

(2) ROWAT D.C. : "Recent developments in Canadian federalism", op. cit., p. 15.

(3) LIVINGSTON W.S. : "Abolition of appeals from canadian courts to the Privy Council", op. cit., p. 108.

SECTION I - LA MISE EN OEUVRE UNILATERALE DE LA PROCEDURE DE NOMINATION DES JUGES DE LA COUR

Le fondement unilatéral du mode de nomination des juges à la Cour Suprême s'avère à la fois paradoxal et logique.

Le paradoxe est évident dans la mesure où une telle unilatéralité bafoue l'organisation judiciaire d'un système fédéral classique. En effet, si l'on s'en réfère aux principes de base du fédéralisme, on observe que l'impartialité de l'arbitre constitutionnel suprême résulte explicitement de sa composition élaborée à partir d'une participation égale des membres représentant les deux ordres de gouvernement de la fédération. C'est dire que dans tout système fédéral, les provinces fédérées jouent-elles un rôle important dans le processus de toute nomination d'un juge à l'organe juridictionnel suprême. Or aucun de ces principes n'est respecté dans le régime fédéral canadien.

En effet, dans l'organisation judiciaire canadienne, les provinces ne participent ni de près ni de loin au choix et à la nomination des juges à la Cour Suprême qui relèvent des seules prérogatives du gouvernement fédéral (1). Le caractère absolu du pouvoir fédéral en la matière est d'autant plus révélateur que les autorités d'Ottawa ne sont même pas tenues de consulter les gouvernements provinciaux.

D'aucuns, à cet égard, ne manquent pas de souligner qu'un tel mode de nomination, consacrant une prééminence totale d'Ottawa sur les provinces, constitue une grave entorse aux règles fondamentales du fédéralisme. Ainsi, le professeur BROSSARD note, qu'en ce domaine "(...) le mode de nomination des juges viole les principes du fédéralisme (...)" (2). D'autres auteurs, comme WHEARE, voient dans l'exemple canadien du mode de nomination des juges à la Cour Suprême "(...) un exemple d'un système qui contre-

(1) ¹Loi sur la Cour Suprême, S.R.C. 1952, ch. 259, art. 4 : "La Cour Suprême se compose d'un juge en chef, appelé le juge en chef du Canada, et de huit juges puinés, nommés par le gouverneur en conseil au moyen de lettres patentes sous le grand sceau".

(2) BROSSARD J. : "La Cour Suprême et la constitution - le forum constitutionnel du Canada", op. cit., p. 160.

cf. SAURIOL P. : "On peut difficilement accepter que les membres d'un tribunal constitutionnel, qui est l'arbitre entre le gouvernement central et les Etats de la fédération, soient nommés uniquement par l'une des deux parties", ("La réforme de la Cour Suprême, Le Devoir, 10 septembre 1969, p. 4).
cf. ibid. SAURIOL P. : "La réforme de la Cour Suprême et l'arbitrage constitutionnel", Le Devoir, 10 juin 1971, p. 4.

dit le principe fédéral" (1). Dans une étude comparative des régimes fédéraux, WAGNER aboutit à une observation identique :

"Au (...) Canada, la branche exécutive du gouvernement a le droit de nommer les juges. Ses pouvoirs sont inhabituellement larges, puisque contraires aux principes théoriques du fédéralisme" (2).

Cependant cette unilatéralité fédérale en matière de nomination est logique parce qu'il ne fait que refléter le caractère intégré et unitaire du système judiciaire canadien. A la différence d'un système judiciaire fédéral classique qui se caractérise par une dualité de juridiction, l'organisation judiciaire canadienne repose sur un seul ordre de tribunaux coiffés par la Cour Suprême qui juge du droit provincial comme du droit fédéral. Dès lors, l'unitarisme du système judiciaire canadien marque la confusion des ordres juridictionnels fédéral et provinciaux :

"Dans la sphère judiciaire, analyse DAWSON, l'idée fédérale (...) est presque complètement absente. Il y a à la fois des cours fédérales et des cours provinciales ; mais celles-ci s'étagent en séries verticales, l'une au-dessus de l'autre constituant virtuellement un système homogène (...) " (3).

Dès lors, le mode de nomination des juges à la Cour Suprême que certains assimilent à "(...) une Cour d'appel dans un système judiciaire unifié" (4) participe, par sa procédure unilatérale, d'un fondement unitaire qui s'insère dans la structure unitariste globale de l'organisation judiciaire du Canada. C'est dire combien la nomination des juges à la Cour Suprême du Canada comme les nominations aux postes judiciaires importants dans les provinces sont autant d' "(...) éléments unitaires dans une forme de constitution par ailleurs strictement fédérale" (5).

(1) WHEARE K.C. : "Federal government", op. cit., p. 71.

(2) WAGNER W.J. : "The federal states and their judiciary - a comparative study in constitutional law and organization of courts in federal states", op. cit., p. 199.

(3) DAWSON R. MacG. : "The government of Canada", Toronto, University of Toronto Press, 1970, 5 ed., p. 80.

(4) BOWIE & FRIEDRICH C.J. : "Etudes sur le fédéralisme", Paris, L.G.D.J., 1960, p. 212.

cf. SCOTT F.R. : l'auteur souligne que le caractère unilatéral de la nomination des juges de la haute juridiction canadienne tient au fait que celle-ci est "(...) une cour véritablement nationale et pas simplement, à l'instar de la Cour Suprême des Etats-Unis une cour fédérale", ("Centralization and decentralization in canadian federalism", op. cit., p. 1101).

(5) WHEARE K.C. : "Federal government", op. cit., p. 19.

On réalise en conséquence combien l'unilatéralité du mode de nomination ne relève nullement du hasard mais reflète fondamentalement la structure unitaire de l'organisation judiciaire canadienne. On peut, à cet égard, se demander si une telle procédure de nomination des juges ne risque pas d'attenter à la crédibilité constitutionnelle de la Cour Suprême dans la mesure où ses jugements seraient suspectés de partialité par les provinces fédérées.

Paragraphe 1 - La dénonciation de l'impartialité de la Cour Suprême

La reconnaissance du caractère impartial d'une instance juridictionnelle suprême est la condition sine qua non de son autorité dans tout arbitrage de conflits entre le gouvernement fédéral et les provinces fédérées. La remise en cause de l'impartialité de la Cour Suprême pose le problème de son indépendance vis-à-vis des autorités fédérales qui détiennent les pleins pouvoirs en matière de nomination des juges. Il s'agit, aussi, de savoir si malgré un cadre juridique hypothéqué de la sorte, la Cour Suprême est en état d'assumer une véritable indépendance par rapport au gouvernement fédéral (1).

Cette question entraîne deux réponses antagonistes. Pour les uns, la Cour Suprême ne saurait être taxée de dépendance vis-à-vis du gouvernement fédéral malgré les modalités restrictives du mode de nomination. Pour d'autres, il conviendrait de dépasser cette approche volontariste de la notion d'indépendance pour analyser celle-ci en termes de structure. C'est donc deux conceptions de l'indépendance de la Cour Suprême qui s'opposent dans la controverse sur l'impartialité du tribunal suprême canadien.

A - La perception volontariste de l'indépendance

Les tenants de cette perception s'appuient sur l'idée selon laquelle l'indépendance des juges de la Cour Suprême n'a pas besoin d'être garantie pour qu'elle puisse s'exercer. En d'autres termes, l'indépendance ainsi conçue participe beaucoup moins d'une assise constitutionnelle que d'une tradition, d'un état d'esprit d'impartialité des juges eux-mêmes.

A cet égard, il convient de remarquer que le principe de l'indépendance judiciaire semble être tacitement reconnu dans la mesure où le

(1) DURANC C. insiste, à cet égard, sur la nécessité "(...) qu'un contrôle soit exercé sur les actes fédéraux par un organe impartial qui donnera l'interprétation définitive de la constitution fédérale", ("L'Etat fédéral en droit positif", op. cit., p. 208.

législateur n'a point pris la peine de l'énoncer dans le texte de l'A.A.N.B. de 1867. Pour le professeur BEETZ ce serait une omission voulue plutôt qu'un simple oubli :

"La constitution de 1867 est, souligne-t-il, un document paradoxal (...). Le législateur y cache pudiquement ses principes : c'est ainsi, par exemple, que le principe de l'indépendance des juges, pourtant fondamental en droit britannique et doublement important dans une constitution de type fédéral, n'y est nulle part exprimé" (1).

Cette pudeur apparaît d'autant plus paradoxale pour RUSSELL que "(...) le seul aspect de l'indépendance judiciaire qui exige une protection constitutionnelle - la situation des juges de la Cour Suprême du Canada - n'est pas clairement stipulé dans l'A.A.N.B." (2).

Cependant, si une telle absence de dispositions constitutionnelles relatives à l'indépendance des juges de la Cour Suprême peut paraître surprenante, elle n'en garde pas moins, dans l'optique de certains auteurs, une logique réelle. Aussi, un auteur comme CHEFFINS considère-t-il que l'indépendance judiciaire se situe au-delà des textes et qu'elle doit beaucoup plus à la bonne volonté politique qu'à des garanties constitutionnelles techniques :

"(...) l'indépendance judiciaire, note-t-il, est fondée moins sur le droit positif contenu soit dans l'Acte de l'Amérique du Nord britannique soit dans d'autres statuts que sur l'attitude des hommes politiques et des autres citoyens à l'égard des juges" (3).

Cette optique volontariste du principe de l'indépendance judiciaire se retrouve nettement dans le point de vue de LE DAIN. Pour ce dernier, il s'avérerait incongru que la constitution de 1867 puisse garantir l'indépendance judiciaire. Tout ce dont a besoin un juge honnête et compétent est une certaine sécurité lui permettant d'assumer sa tâche. En tout état de cause, l'indépendance judiciaire passe par le bon vouloir du juge :

(1) BEETZ J. : "Les attitudes changeantes du Québec à l'endroit de la constitution de 1867", op. cit., p. 116.

(2) HOPKINS E.H. : "Confederation at the crossroads", op. cit., p. 105.

(3) CHEFFINS R.I. : "The constitutional process in Canada", 1969, op. cit., p. 120.

"Un juge désirera ou bien montrer une indépendance judiciaire et une impartialité ou bien il ne le désirera pas" (1).

On constate, aussi, que l'indépendance judiciaire ne relève pas de données objectives mais qu'elle s'enracine dans le subjectif même des juges. Aussi, pour l'auteur, il serait vain de décréter l'indépendance judiciaire par une quelconque disposition constitutionnelle. L'émergence d'une véritable indépendance judiciaire ne saurait, par ailleurs, se bâtir sur une suspicion constante à l'encontre des décisions des juges mais se nourrit d'un climat de respect et de confiance vis-à-vis des magistrats. En substance, l'instauration de l'indépendance des juges ne passe pas seulement par le vouloir de ces derniers mais aussi par notre propre aptitude à vouloir reconnaître a priori que ces juges sont indépendants :

"Nous devons être préparés, souligne LE DAIN, à accorder la confiance et le respect nécessaires à nos juges dans leur tâche indispensable d'interprétation et d'application de la constitution, non pas comme les représentants ou les délégués d'un quelconque ordre politique mais comme un pouvoir judiciaire indépendant tenant compte des intérêts et du bien-être du pays en entier" (2).

Cette perception volontariste de l'indépendance judiciaire est observable à travers l'attitude du gouvernement fédéral. Pour ce dernier, il ne saurait y avoir de doute sur l'objectivité de l'interprétation que donne un juge de la loi, dès lors qu'il a été nommé, par sa compétence, à cette charge. En d'autres termes, la fonction dévolue à un juge place ce dernier irrémédiablement au-dessus de tout soupçon de partialité. Plus que toute disposition constitutionnelle ou statutaire, c'est la force de la tradition qui est à la base de l'indépendance des juges de la Cour Suprême :

"(...) nous avons, déclare le ministre fédéral de la justice, au Canada, une tradition d'indépendance judiciaire qui assure mieux que n'importe quel texte que les procès seront entendus et jugés de façon impartiale" (3).

(1) LE DAIN G.E. : "Essay on the canadian constitution", Document rédigé pour la Commission Royale sur le bilinguisme et le biculturalisme, 1966, p. 166.

- cf. ibid. BEAULIEU A. : "(...) une fois promus à la Cour Suprême, il n'en tient qu'à eux membres de ce tribunal d'être et de paraître indépendants", ("En marge du centenaire de la Cour Suprême : l'autre côté de la médaille", Le Devoir, 12 août 1975, p. 4).

(2) LE DAIN G.E. : "Reflections on the canadian constitution after the first century", R.B.C. 1967, vol. 45, p. 408.

(3) Conférence constitutionnelle, Ottawa, 12 février 1969, l'honorable M. TURNER, p. 412.

Cette démarche volontariste transparaît de même dans l'argumentation du professeur LEDERMAN. Selon l'auteur, il ne s'agit pas de déterminer dans quelle mesure le gouvernement fédéral peut attenter à travers son pouvoir de nomination à l'indépendance des juges de la Cour, mais de considérer dans quelles conditions il voudrait mettre en péril l'indépendance judiciaire. Or, pour l'auteur, ces conditions ne sauraient en aucun cas être réunies du fait de la tradition qui prévaut dans le droit constitutionnel canadien :

"Notre tradition constitutionnelle toute entière, écrit-il, signifie que le Parlement canadien n'oserait pas altérer l'Acte de la Cour Suprême d'une manière préjudiciable à la véritable indépendance de la Cour ou de ses juges" (1).

C'est dire, à cet égard, combien s'avère infondée l'idée, selon certains auteurs, tendant à accréditer le fait que la Cour Suprême serait, de par le mode de nomination de ses juges, soumise aux autorités fédérales. Ce n'est pas parce que la Cour Suprême est une création fédérale et par son statut et par son mode de nomination qu'inéluctablement elle subit l'influence induite des autorités d'Ottawa. Ce serait, en la circonstance, se méprendre sur le caractère réel de la Cour :

"La Cour Suprême est un tribunal judiciaire impartial et objectif dans le sens le plus complet (...). C'est un sérieux malentendu sur l'indépendance de nos cours et de nos juges pour penser, ajoute l'auteur, que les juges de la Cour Suprême du Canada sont d'une façon ou d'une autre les délégués du gouvernement fédéral" (2).

De fait, souligne CHEFFINS, il ne saurait y avoir un lien de cause à effet entre l'attitude d'un juge de la Cour Suprême et la nature du mode de nomination. Aussi, ce dernier trouve-t-il "(...) particulièrement fâcheux (...)" (3) la thèse selon laquelle un juge tendrait implicitement à favoriser l'ordre de gouvernement qui l'a nommé :

"Il n'y a aucune preuve que les juges se sentent redevables envers le gouvernement qui les a appointés (...)" (4).

(1) LEDERMAN W.R. : "The courts and the canadian constitution", Toronto, Mc Clelland and Stewart, 1964, p. 11.

(2) LEDERMAN W.R. : "Thoughts on reform of the supreme court of Canada" op. cit., p. 8.

(3) CHEFFINS R.I. : "The supreme Court of Canada : the quiet court in an inquiet country", op. cit., p. 274.

(4) CHEFFINS R.I. : "The constitutional process in Canada", 1969, op. cit., p. 18.

On constate ainsi que la perception volontariste du principe de l'indépendance d'un organe judiciaire à l'instar de la Cour Suprême repose sur un fondement idéaliste dans la mesure où elle privilégie ce principe en le plaçant d'une manière immanente au-dessus de l'organisation structurelle de la Cour Suprême.

Toute autre est l'approche structurelle du principe de l'indépendance dans la mesure où son analyse se situe à partir des structures mêmes qui sont de nature à assurer ou à hypothéquer le caractère impartial de la Cour Suprême.

B - La conception structurelle de l'indépendance

L'analyse structurelle du principe de l'indépendance s'enracine dans la distinction essentielle entre les juges d'une instance juridictionnelle donnée et l'organisation structurelle de celle-ci. Il ne s'agit, dès lors, de savoir non pas si les juges de la Cour Suprême font preuve d'impartialité dans leur tâche mais de déterminer si la structure même de la Cour, au niveau de la procédure de nomination des juges, réunit les meilleures conditions susceptibles de garantir l'indépendance judiciaire des membres du tribunal suprême.

Par conséquent, à travers une telle approche il convient d'éviter tout amalgame entre la structure de la Cour et les juges dans la mesure où le caractère partial du mode de nomination ne saurait avoir pour effet d'entâcher le travail impartial des juges. C'est dire qu'en la circonstance, toutes les critiques relatives à l'organisation de la Cour "(...) ne sauraient évidemment mettre en doute, en aucune façon, la compétence ou l'impartialité des juges actuels" (1). C'est dire, comme le souligne le professeur BROSSARD, qu'il y a lieu de dissocier la contestation du système actuel de nomination de l'analyse du comportement des juges. Ce dernier, en l'occurrence, n'hésite pas à reconnaître "(...) l'incontestable valeur et le souci d'impartialité de la plupart des juges (...)" (2). On retrouve ce souci de faire la part entre l'efficacité des juges de la Cour et les déficiences du mode de nomination dans le rapport TREMBLAY :

"Je ne mets en doute, déclarait M. MORION, ni la compétence, ni l'intégrité, ni l'impartialité des éminents personnages qui la composent actuellement (...)" (3).

(1) BEAUDOIN G.A. : "La révision constitutionnelle et le statut de la Cour Suprême", op. cit., p. 258.

(2) BROSSARD J. : "La Cour Suprême et la constitution - le forum constitutionnel du Canada", op. cit., p. 245.

(3) Rapport TREMBLAY, 1956, vol. 3, op. cit., p. 297.

On réalise, ainsi, que l'hostilité du Québec et d'autres provinces ne se base nullement sur une quelconque accusation des juges de la Cour mais sur le caractère unilatéral de leur mode de nomination. De ce fait, les critiques ne portent pas tant sur le contenu de l'indépendance que sur le choix des modalités permettant à celle-ci de s'exercer pleinement :

"Il ne suffit pas qu'un tribunal soit impartial, il faut qu'il apparaisse clairement qu'il est impartial, que ses structures soient telles que tous les justiciables soient convaincus de son impartialité" (1).

Certes, il serait vain de vouloir assurer les conditions d'une totale impartialité d'une instance juridictionnelle de dernière instance. Toutefois, des aménagements structurels précis dans le domaine de la participation des deux ordres de gouvernement au choix et à la nomination des juges seraient, dans l'esprit de beaucoup, de nature à "(...) y contribuer dans une large mesure".

Il est loisible, dès lors, de constater que seule une assise structurelle neutre est à même de garantir une indépendance réelle de la Cour Suprême à l'égard du gouvernement fédéral comme des provinces fédérées :

"Si l'on veut vraiment, note le professeur DURAND, obtenir une cour impartiale et décidée à faire prévaloir dans l'accomplissement de sa tâche le point de vue juridique, il faut que le pacte ou la constitution fixe expressément toutes les règles essentielles concernant cette juridiction (...) pour soustraire et son régime interne et son activité aux atteintes du législateur ordinaire" (2).

(1) BEAUDOIN G.A. : "La révision constitutionnelle et le statut de la Cour Suprême", op. cit., p. 259.

L'auteur note par ailleurs : "Les juristes qui composent cette Cour sont des juristes de grande envergure. Mais ceci ne suffit pas. Des garanties pour l'avenir sont nécessaires ; l'on désire non seulement que l'appareil fonctionne de façon juste mais que sa structure soit telle qu'elle ne laisse place à aucun soupçon de partialité", ("La Cour Suprême du Canada et la constitutionnalité des lois", op. cit., p. 204). cf. *ibid.* du même auteur : "Pour une réforme de la Cour Suprême", op. cit., p. 5.

cf. BERTRAND J.J. : le Premier ministre du Québec estimait que les juges de la Cour Suprême nommés par Ottawa risquaient de représenter "(...) davantage les vues, les opinions et les idées du gouvernement central", (Conférence constitutionnelle, Ottawa, 12 février 1969, p. 413-414.

(2) DURAND C. : "Confédération d'Etats et Etat fédéral", op. cit., p. 125-126. cf. TREMBLAY A. : "Sa composition, tributaire des nominations faites par l'exécutif fédéral, l'expose à des critiques touchant son impartialité", ("L'arbitre d'un système fédéral : Canada", op. cit., p. 145).

La dénonciation de ce que d'aucuns appellent le "(...) défaut fondamental (...)" (1) du mode de nomination des juges de la Cour Suprême dont l'objectif s'avère l'aménagement d' "(...) une cour "plus neutre (...)" (2) s'appuie sur l'analyse des dangers découlant de la dépendance structurelle de la Cour Suprême par rapport au gouvernement fédéral.

Paragraphe 2 - L'illustration de la dépendance structurelle de la Cour Suprême

En soulevant la question des modalités de nomination des juges de la Cour Suprême, les milieux québécois s'attachent à neutraliser le tribunal suprême canadien en le rendant moins dangereux pour l'autonomie provinciale. Leur démarche procède d'une détermination à mettre en lumière la double conséquence découlant de la dépendance structurelle de la Cour. La première implication a trait à la situation des juges de la Cour Suprême tandis que la deuxième a trait à l'orientation de la Cour dans le domaine de répartition des compétences au sein de l'Etat fédéral.

A - La situation des juges de la Cour

S'il convient de s'accorder sur la compétence et l'impartialité des juges de la Cour, il n'en demeure pas moins que la situation de ces derniers est précaire dans la mesure où leur indépendance est tributaire des autorités fédérales tant au plan de la nomination que sur celui de la destitution. Celles-ci sont autant d'armes dans les mains du gouvernement fédéral dont l'utilisation à des fins partisans constitue une grave menace pour l'indépendance de la Cour.

1 - L'arme de la nomination

En détenant le pouvoir de nomination des juges à la Cour Suprême (3), le gouvernement fédéral dispose d'une prérogative discrétionnaire qui fait

(1) WEILER P.C. : "In the last resort : a critical study of the supreme court of Canada", op. cit., p. 171.

(2) HOPKINS E.R. : "Confederation at the crossroads", op. cit., p. 229.

(3) cf. article 4 de la Loi de la Cour Suprême, S.R.C. 1952, ch. 259 qui renvoie à l'article 96 de l'A.A.N.B. de 1867 : "Le gouverneur général désigne les juges des cours supérieures, de district et de comté établies dans chaque province, sauf ceux des cours de vérification établies dans la Nouvelle-Ecosse et le Nouveau-Brunswick".

de ce dernier le seul maître de la compétence et des qualités personnelles que l'exécutif fédéral juge nécessaires pour le siège de juge à la Cour Suprême. De fait, la mainmise du gouvernement fédéral sur les mécanismes de nomination des juges rend implicitement suspecte toute velléité d'impartialité de la Cour Suprême. De plus, il serait erroné de ramener le juge à la seule dimension d'une individualité judiciaire ; ce dernier est aussi, de par son statut, partie intégrante de l'organisation structurelle de la Cour et son apparente indépendance subjective s'avère étroitement conditionnée par le cadre même de sa nomination.

Aussi, il advient de déterminer si un postulant au banc de la Cour Suprême saura faire preuve d'une réelle indépendance de jugement quand il sait qu'il ne devra sa nomination qu'à la seule discrétion du gouvernement fédéral. Il y a fort à parier que l'intérêt de ce postulant éventuel lui dictera une conduite suffisamment conforme aux vues fédérales pour obtenir sa nomination. En retour, le gouvernement fédéral sera toujours enclin à ne retenir que les candidats disposés à soutenir les thèses fédérales dans le domaine constitutionnel. Cette démarche n'est, en définitive, que la conclusion logique du mécanisme de sélection des juges à la Cour Suprême :

"(...) n'est-il pas naturel, note le professeur OUELLETTE, pour le gouvernement fédéral (...) de choisir des personnes dont les opinions sont connues et qui ne lui sont pas trop défavorables (...)" (1).

Dès lors, il ne fait aucun doute que dans l'hypothèse d'un gouvernement fédéral désirant renforcer sa position à l'encontre des provinces, celui-ci prendrait "(...) des mesures pour s'assurer, avant de décider d'une nomination au banc, que les vues de la nomination proposée sur une quelconque question constitutionnelle en suspens seraient celles que le gouvernement

(1) OUELLETTE Y. : "La Cour Suprême du Canada en tant qu'institution politique", op. cit., p. 42.

cf. SCHMEISER D.A. : "Au Canada, les nominations judiciaires n'ont pas toujours été les plus heureuses, car la qualité principale a toujours été de caractère politique", ("Témoignage devant le Comité spécial mixte sur la constitution du Canada", Procès-verbaux, 23 février 1971, fascicule n° 49, p. 11).

cf. RUSSELL P.H. : "Le fondement politique des nominations à la Cour Suprême peut affaiblir la capacité de la Cour d'agir en tant qu'arbitre véritable du système fédéral du Canada", ("The supreme Court of Canada as a bilingual and bicultural institution", op. cit., p. 74, cf. *ibid.*, p. 71).

cf. DAWSON R. MacG. : "Les affiliations de parti jouent une part variable ; mais elles ne sont pas souvent entièrement étrangères à une nomination", ("The government of Canada", 1970, op. cit., p. 403).

cf. REYNOLDS N.B. : "The concept of objectivity in judicial reasoning", W.O.L.R., 1975, vol. 14, p. 1-2.

fédéral approuverait" (1).

A cet égard, le professeur TREMBLAY soulignait clairement cette propension des autorités fédérales à choisir, dans le cadre d'un tel mode de nomination, des juges proches de leurs points de vue :

"(...) dans les fédérations où le gouvernement central nomme les juges des tribunaux suprêmes chargés, entre autres choses, de régler les conflits relatifs au partage des pouvoirs et aussi d'interpréter la constitution, l'organe de sélection considérera inévitablement les opinions des candidats (...)" (2).

Un semblable mode unilatéral de nomination est susceptible ainsi d'entériner un déplacement des critères de sélection des juges du cadre juridique au cadre politique dans la mesure où "(...) il y a risque que l'affiliation politique devienne l'élément déterminant dans le choix des juges" (3). Il est à craindre, de ce fait, que la politisation de la procédure de sélection des juges n'amène la Cour Suprême à désertier l'analyse juridique et que loin de juger en hommes de loi, "(...) ses membres décident en hommes politiques" (4). Il convient ainsi de se demander à l'instar de la Commission TREMBLAY dans quelle mesure la Cour Suprême dont les membres sont sélectionnés sur des critères beaucoup plus politiques que juridiques, est à même de jouer ce rôle d' "(...) arbitre impartial, indépendant de la politique (...)" (5) au sein de la structure fédérale du Canada.

(1) WHITEHEAD G.R.B. : "The supreme court of Canada and the stare decisis doctrine", op. cit., p. 151.

(2) TREMBLAY A. : "Les techniques d'interprétation des constitutions", op. cit., p. 53.

(3) BRUN H. & TREMBLAY G. : "Droit Public Fondamental", op. cit., p. 278. cf. ibid. : ANGERS W.H. : "On appointing judges", C.L.J. 1967, vol. 15, p. 45.

cf. OUELLETTE Y. : dans son étude sur le comportement de la Cour Suprême en matière constitutionnelle, le professeur OUELLETTE estime que certaines considérations d'ordre politique ont joué une influence dans la nomination des juges. Il remarque ainsi qu'entre 1875 et 1966 sur quarante neuf juges de la Cour Suprême, vingt-sept avaient été membres d'un tribunal provincial supérieur et en conséquence nommés par le gouvernement fédéral ; six membres du Cabinet fédéral, deux sous-ministres de la Justice à Ottawa et plus de la moitié d'entre eux avaient été députés fédéraux ou provinciaux (op. cit.).

(4) DURAND C. : "Confederation d'Etats et Etat fédéral", op. cit., p. 120.

(5) Rapport TREMBLAY, op. cit., 1956, vol. 2, p. 105.

La procédure de destitution figure une autre arme dans les mains du gouvernement fédéral susceptible d'attenter à l'indépendance des juges de la Cour Suprême.

2 - L'arme de la destitution

Même si jusqu'à ce jour, elle n'a jamais été appliquée, la procédure de destitution se révèle une arme dangereuse à l'encontre de l'indépendance des juges de la Cour Suprême. Tout d'abord, au point de vue formel il est paradoxal de relever que le mode de destitution des juges de la Cour dépend d'une simple loi statutaire (1) alors que la procédure à suivre dans le cas des juges des tribunaux provinciaux supérieurs est fixée par la constitution elle-même (2). Par ailleurs, contrairement aux dispositions en vigueur dans d'autres fédérations (3), la destitution d'un juge de la Cour intervient sur la seule décision du gouvernement fédéral même si la décision n'est prise qu'à la suite d'une enquête par un comité de la Chambre "sur une adresse du Sénat et de la Chambre des Communes" (4).

En outre, le terme même de "mauvaise conduite" peut donner lieu à une interprétation très large de la part des autorités fédérales. Certes, de par sa lourdeur, la procédure de destitution ne peut être déclenchée que dans des cas très graves. Toutefois, il demeure que celle-ci reste théoriquement soumise à l'arbitraire potentiel du gouvernement fédéral.

(1) Loi sur la Cour Suprême, S.R.C. 1952, ch. 259, article 9(1) : "(...) les juges restent en fonction durant bonne conduite mais sont révocables par le gouverneur général sur une adresse du Sénat et de la Chambre des Communes" cf. BEETZ J. : "(...) l'indépendance des juges de la Cour Suprême du Canada, relativement à leur destitution, ne semble garantie que par une simple loi (...)", ("Les attitudes changeantes du Québec à l'endroit de la constitution de 1867", op. cit., p. 106).

cf. CROIZAT M. : l'auteur remarque que "l'inamovibilité des Juges, si elle est réalisée en pratique, est loin d'être parfaite et elle semble marquer une atteinte à la séparation des fonctions", ("Le fédéralisme canadien et l'autonomie du Québec", op. cit., p. 128).

(2) L'article 99(1) est le seul article de l'A.A.N.B. relatif à l'indépendance des juges.

(3) Aux Etats-Unis, les juges de la Cour Suprême peuvent être destitués par les deux tiers du Sénat sur accusation portée par la Chambre des Représentants.

(4) La pétition doit être adressée au Parlement fédéral. La Chambre des Communes forme alors une commission d'enquête qui rédige un rapport. Si la culpabilité du juge est reconnue, le rapport doit être approuvé par les deux Chambres. La décision finale appartient cependant au gouverneur en conseil.

La vulnérabilité de la situation des juges de la Cour fondée sur leur dépendance à l'égard des autorités fédérales risque, dès lors, d'être un facteur d'infléchissement de l'orientation jurisprudentielle de la Cour Suprême en matière de répartition des compétences.

B -Les effets sur l'orientation jurisprudentielle de la Cour

Suprême

Les conséquences les plus dangereuses de la nomination des juges de la Cour Suprême par l'autorité fédérale se situent inévitablement au niveau même de l'orientation jurisprudentielle de la Cour dans l'interprétation du partage des compétences. Il est bien évident que si la nomination d'un juge à la Cour prend appui avant tout sur des considérations se rattachant aux conceptions de ce dernier en matière de fédéralisme, la démarche générale de la Cour Suprême s'orientera vers une interprétation centralisatrice de la répartition des pouvoirs entre l'Etat fédéral et les provinces fédérées. De fait, comme le souligne le juriste DICEY, toute procédure unilatérale de nomination des juges par le gouvernement fédéral engendre nécessairement une jurisprudence centralisatrice :

"Il y a un danger, écrit-il, que les juges du gouvernement fédéral n'interprètent la constitution en faveur du pouvoir central (...)" (1).

D'autres auteurs, à l'instar du professeur MOUSKLELICHVILI, ne manquent pas, à cet égard, de noter que la pente naturelle de tout organe judiciaire fédéral est d'essayer "(...) de renforcer le pouvoir central et d'augmenter sa compétence" (2). Dès lors, le mode centralisé de la nomination des juges ne ferait qu'accentuer cette inertie centralisatrice. C'est dire que tout contrôle fédéral en matière juridictionnelle glisse inéluctablement vers un accroissement des pouvoirs au profit de l'autorité fédérale :

"(...) en général, constate BURDEAU, le contrôle est beaucoup plus dirigé contre les velléités d'empiètements des organes locaux sur les compétences fédérales que contre les tendances envahissantes du pouvoir central, d'autre part, qu'en fait, les organes chargés du contrôle, véritables autorités constituantes secondaires, ont presque toujours conçu leur rôle dans un sens centralisateur" (3).

(1) DICEY A. V. : "The law of the constitution", op. cit., p. 159.

(2) MOUSKLELICHVILI M. : "Théorie juridique de l'Etat fédéral", Paris, Pédone, 1931, p. 137.

(3) BURDEAU G. : "Traité de Science Politique : l'Etat", tome 2, Paris, L.G.D.J., 1949, p. 424.

Certes, il ne s'agirait pas de faire des tribunaux constitutionnels les seuls responsables des tendances centrifuges que l'on observe globalement dans les fédérations actuellement. Des facteurs sociologiques et économiques influent de même dans cette centralisation générale des pouvoirs. Toutefois, remarque le professeur MORIN, "(...) il demeure vrai que d'une manière générale, les tribunaux constitutionnels nommés par les gouvernements centraux ont contribué à la centralisation" (1).

Aussi, dans la mesure où la Cour Suprême relève exclusivement, par son mode de nomination, du gouvernement fédéral, il n'apparaît, dès lors, pas surprenant que son interprétation de l'A.A.N.B. de 1867 "(...) conduise peu à peu à un changement dans l'équilibre du pouvoir en faveur du niveau fédéral" (2). Si, pour le professeur MALLORY, le mode actuel de nomination des juges "(...) n'est pas suffisamment représentatif pour donner des décisions honnêtes et acceptables (...)" (3), c'est parce qu'il renferme implicitement un danger potentiel de centralisation :

"Depuis que le gouvernement fédéral nomme les juges, on peut le suspecter que ses nominations, en particulier à la Cour Suprême, pourraient aller à des juges qui sont susceptibles de favoriser un gouvernement central fort" (4).

Cette anomalie de la procédure de sélection des juges à la Cour Suprême dont "(...) les traits (...) peuvent apparaître non-fédéraux (...)" (5) à certains, ne pouvait être que vivement critiquée par la Province de Québec.

Il s'agissait, dès lors, de rechercher en ce domaine une solution adéquate susceptible de restaurer le tribunal suprême canadien dans une indépendance réelle.

(1) MORIN J. Y. : "Le Québec et l'arbitrage constitutionnel : de Charybde en Scylla", op. cit., p. 619.

(2) ROWAT D. C. : "The constitution and the federalism", op. cit., p. 77.

(3) MALLORY J. R. : "The B. N. A. Act : constitutional adaptation and social change", op. cit., p. 136.

(4) MALLORY J. R. : "The structure of canadian government", op. cit., p. 330.

(5) AIYAR S. P. : "Federalism and social change - a study in quasi-federalism", op. cit., p. 108.

SECTION II - LA RECHERCHE D'UNE SOLUTION EN MATIÈRE DE NOMINATION DES JUGES À LA COUR

La revendication québécoise d'un mode de nomination plus conforme aux principes du fédéralisme s'avère d'autant plus légitime que se dégage de l'ensemble des milieux juridiques canadiens un consensus général sur l'urgence d'une telle réforme.

Conscients du fait que "ce n'est pas une nomination par un gouvernement ou par un autre qui crée les conditions de l'indépendance judiciaire (...)" (1), nombreux, en effet, sont les auteurs qui préconisent une participation appropriée des provinces au processus de sélection des juges à la Cour Suprême.

Dans le monde juridique québécois, d'aucuns estiment qu'une plus grande impartialité de la Cour pourrait être assurée "(...) grâce à la participation équitable des deux ordres de gouvernement au choix et à la nomination de leurs juges" (2). D'autres, à l'instar du professeur MORIN, considèrent "(...) essentiel d'assurer la participation du Québec et des provinces à cette étape critique de l'établissement du tribunal constitutionnel (...)" (3). Certains, par ailleurs, souhaitent une garantie constitutionnelle en proposant que "la participation des provinces à la nomination des juges à la Cour Suprême, devrait être prévue dans notre constitution" (4).

Chez les auteurs anglo-canadiens, on observe une semblable préoccupation, quoique moins vive, de ne pas laisser à la seule responsabilité de l'autorité fédérale la nomination des juges à la plus haute instance juridictionnelle canadienne. Ainsi le professeur RUSSELL considère-t-il cette réforme

(1) LE DAIN G.E. : "Essay on the canadian constitution", op. cit., p. 166.

(2) BROSSARD J. : "La Cour Suprême et la constitution - le forum constitutionnel du Canada", op. cit., p. 279.

cf. RUSSELL P.H. : "Afin de briser ce monopole et aussi d'augmenter la croyance et la confiance des provinces dans la Cour, nous sommes définitivement favorables à une participation provinciale à la nomination des juges de la Cour Suprême", ("The supreme court of Canada as a bilingual and bicultural institution", op. cit., p. 219).

(3) MORIN J. Y. : "Le Québec et l'arbitrage constitutionnel : de Charybde en Scylla", op. cit., p. 624.

(4) BEAUDOIN G.A. : "La Cour Suprême et le partage des compétences législatives", op. cit., p. 54.

comme une "(...) exigence fondamentale (...)" (1) tandis que le professeur LEDERMAN admet que les provinces fédérées devraient avoir "(...) une certaine influence dans la sélection des juges de la Cour Suprême du Canada" (2).

Si l'on observe, de fait, un semblable consensus sur le principe d'une participation des provinces à la nomination des juges à la Cour Suprême entre Ottawa et Québec, le désaccord subsiste, toutefois, en ce qui a trait aux modalités d'applications de ce principe.

Il s'agira, à cet égard, d'analyser dans quelle mesure l'impasse actuelle en ce domaine résulte de la double intransigeance du gouvernement fédéral et de la province de Québec.

Paragraphe 1 - L'intransigeance du gouvernement fédéral en matière de nomination des juges à la Cour

En déclarant laconiquement que "(...) ses propositions et les nôtres diffèrent (...)" (3), le Premier ministre québécois J.J. BERTRAND mesurait le fossé existant entre les propositions du Québec relatives à une participation accrue des provinces canadiennes au processus de nomination des juges à la Cour et le refus du gouvernement fédéral de céder ses prérogatives en la matière.

A - L'esprit des suggestions québécoises

La revendication québécoise d'un droit de regard en matière de nomination des juges à la Cour n'est pas nouvelle. On la découvre implicitement déjà dans les critiques faites par la Commission TREMBLAY qui estimait excessif le pouvoir des autorités fédérales en ce domaine :

"(...) dans les conflits constitutionnels, notent les rapports, il n'est ni normal, ni satisfaisant qu'une seule partie choisisse, nomme et paie tous les arbitres" (4).

(1) RUSSELL P.H. : "Constitutional reform of the canadian judiciary", op. cit., p. 123.

(2) LEDERMAN W.R. : "Thoughts on reform of the supreme court of Canada" op. cit., p. 11.

(3) Conférence constitutionnelle, Ottawa, 12 février 1969, p. 413.

(4) Rapport TREMBLAY, op. cit., vol. 3, p. 297.

Remédier à une telle situation injuste nécessite non seulement une réforme des mécanismes de nomination mais encore la remise en cause du pouvoir exclusif du gouvernement fédéral quant à la nomination des juges de la Cour. Seul, le partage de ce pouvoir sera à même d'intégrer réellement les provinces au mode de nomination, sur une base égale avec le gouvernement fédéral.

Reprenant dans leur principe certaines suggestions d'auteurs québécois (1), la Province de Québec adoptait une attitude pour le moins nette en préconisant, dans un document de travail, qu' "(...) au moins les deux tiers des juges de cette Cour devraient y être nommés par les gouvernements des Etats" (2). En remettant en cause le monopole fédéral en matière de nomination, la proposition québécoise soulignait l'urgence d'un équilibre plus juste à rétablir entre les deux ordres de gouvernement en ce domaine.

Cette radicalisation des options du Québec apparaissait d'autant plus manifeste que d'autres suggestions susceptibles de former une base de compromis avaient été émises lors de la Conférence constitutionnelle de 1968. En effet, les deux premières d'entre elles consacraient d'une manière significative la préservation de l'exclusivité fédérale en matière de nomination. L'une obligeait le ministre fédéral de la Justice à prendre obligatoirement l'avis des gouvernements provinciaux avant d'effectuer les nominations à la Cour Suprême tandis que l'autre précisait que "le gouvernement fédéral choisissait les juges d'après une liste de candidats dressée par une commission spéciale composée de représentants des gouvernements provinciaux (...)" (3).

Toutefois, en renouvelant, à la Conférence Fédérale-Provinciale de 1969, la proposition que les provinces aient le droit de choisir certains

(1) MORIN J. Y. : l'auteur suggère que la Cour Suprême soit composée de quinze membres. Le gouvernement fédéral et les provinces anglophones se partageraient la nomination de dix membres de common law tandis que le Québec nommerait trois membres civilistes. Les deux derniers juges seraient choisis par le gouvernement fédéral, ("Le Québec et l'arbitrage constitutionnel : de Charybde en Scylla", op. cit., p. 625).

(2) Comité permanent des fonctionnaires 1968, op. cit. . La Cour Suprême serait, selon la proposition québécoise, formée de 13 juges : quatre juges nommés par le gouvernement fédéral, un juge nommé par les Etats de l'Atlantique de même qu'un juge pour les Etats des Prairies et un pour la Colombie Britannique ; enfin trois juges nommés par le Québec et trois par l'Ontario (p. 26).

(3) Conférence sur la Confédération de Demain, 1968, op. cit., p. 31.

juges de la Cour (1), le gouvernement de Québec marquait sa détermination de dépasser le simple réaménagement de modalités pour s'attaquer aux structures fondamentales du pouvoir de nomination. Seule une refonte du pouvoir de nomination permettrait, en la circonstance, selon Québec, de restaurer la Cour Suprême dans une situation de plus grande indépendance.

La démarche des dirigeants québécois vise, dès lors, à une neutralisation de la Cour Suprême en opposant au pouvoir fédéral de nomination un contre-pouvoir provincial identique de nature à le contrebalancer.

Ne se posant plus, de ce fait, en terme de participation mais en terme de pouvoir, les propositions québécoises ne pouvaient rencontrer l'assentiment des autorités fédérales.

B - Le refus des propositions québécoises

Le gouvernement d'Ottawa ne conteste pas la légitimité de la revendications du Québec en ce qui concerne une intégration provinciale dans le mode de nomination des juges à la Cour Suprême :

"Il est admis, déclarait le Premier ministre fédéral, (...) qu'afin d'assurer pleine confiance en la Cour, il serait préférable que les provinces participent d'une façon ou d'une autre au procédé de nomination" (2).

Cependant, si le principe d'une telle participation est dorénavant admis par le gouvernement fédéral, ce dernier entend discrétionnairement en préciser les modalités et les limites. C'est dire combien le type de participation voulue par les autorités d'Ottawa n'a, dans cette perspective, que peu de rapport avec la participation plaidée par Québec. Pour le gouvernement fédéral, il ne saurait être question, en effet, que l'intégration provinciale à la procédure de nomination des juges ouvre aux provinces l'accession au pouvoir même de nomination. A cet égard, Ottawa justifie son attitude en considérant que l'unilatéralité fédérale du pouvoir de nomination s'avère un rempart indispensable contre tout risque de dénaturation et de politisation de la Cour Suprême.

(1) Conférence constitutionnelle, Ottawa, 12 février 1969, p. 413.
cf. BOURASSA R. : Le Premier ministre du Québec réaffirmait l'attachement de sa province au principe de la participation provinciale à la nomination des juges de la Cour Suprême (Conférence constitutionnelle, Ottawa, 14 et 15 septembre 1970, p. 20).

(2) TRUDEAU P.E. : "La constitution canadienne et le citoyen", op. cit., p. 43.

L'argument de la dénaturation est lié à la fonction même de la Cour. En acceptant que le pouvoir de nomination soit partagé entre les deux ordres de gouvernement, la fonction judiciaire de la Cour risquerait d'être d'être dénaturée et par le fait même celle-ci se disqualifierait en tant qu'instance juridictionnelle véritable pour devenir, selon les termes du ministre fédéral de la Justice "(...) une espèce de commission d'arbitrage" (1). L'acceptation d'un tel partage de pouvoir aurait, dès lors, pour conséquence de ramener les juges de la Cour Suprême à n'être que les représentants des divers gouvernements qui les auraient nommés. Ainsi, on assisterait à un glissement de la fonction d'interprétation de la Cour à une fonction de représentation. Une telle expectative est rejetée par Ottawa :

"On a proposé, souligne M. TURNER, que certains juges soient nommés par les provinces. Je craindrais que ceci transforme la Cour, la Cour Suprême, en un organisme d'agents ou mandataires ou représentants, un organisme où les décisions dépendraient de l'intérêt majoritaire de ces agents" (2).

En tout état de cause, pour Ottawa, une approche détachée de la loi par le juge ne saurait, en aucun cas, être assumée par un tribunal d'arbitrage. A cet égard, seul le dégagement d'éventuelles pressions gouvernementales en matière de nomination est à même de permettre à une instance juridictionnelle suprême de s'acquitter pleinement de sa fonction judiciaire en s'attachant à ce que "(...) les divergences puissent être tranchées d'une façon parfaitement judiciaire" (3). L'argument du danger de politisation risque, par ailleurs, selon Ottawa, d'attenter à l'indépendance de la Cour Suprême. En effet, dans la mesure où le gouvernement fédéral consentirait à une certaine provincialisation de son pouvoir de nomination, les juges de la Cour deviendraient les otages de l'ordre de gouvernement qui les aurait choisis.

(1) Conférence constitutionnelle, Ottawa, 12 février 1969, p. 410.

(2) Ibid., p. 412-413.

cf. BEAUDOIN G.A. : "Pareille cour, on peut le craindre, politiserait davantage les débats constitutionnels. Les juges nommés par les provinces et ceux nommés par l'autorité fédérale seraient plus portés à être arbitres que juges" ("Le fédéralisme face à la société post-industrielle : au Canada", op. cit., p. 58).

cf. FULTON E.D. : "(...) les juges qui sont nommés à la Cour Suprême du Canada ne sont pas nommés en tant que représentants d'une province ou d'une région. Ils sont nommés en tant que Canadiens, et il se trouve qu'ils viennent d'une région donnée (...). Je crois que cela irait totalement à l'encontre du principe de l'indépendance juridique et du principe qui veut que la Cour Suprême du Canada soit un tribunal de dernière instance pour tout le Canada", ("Témoignage devant le comité spécial mixte sur la constitution", Procès-verbaux, 6 avril 1971, fascicule n° 64, p. 25).

(3) Conférence constitutionnelle, Ottawa, 12 février 1969, p. 410.

Une telle éventualité laisserait à craindre, ainsi, que les litiges judiciaires cèdent le pas aux conflits politiques :

"Une telle procédure d'arbitrage, relevait M. TURNER, déplacerait les véritables problèmes vers l'arène politique où se poserait la question de l'influence en raison de la nomination qui en définitive, serait un facteur déterminant lors de la considération des questions constitutionnelles" (1).

Dès lors, loin d'être réglée par des principes judiciaires, la solution des différends relèverait de rapports de force politique où "(...) l'opportunisme et le compromis (...)" (2) feraient bon marché du principe de l'égalité.

Le gouvernement fédéral ne saurait, par conséquent, accepter la proposition québécoise de centrer le débat sur une nécessaire réforme du partage de nomination des juges à la Cour Suprême. Jaloux de ses prérogatives, Ottawa s'estime prêt à concéder quelques aménagements dans le mode de nomination des juges du tribunal suprême mais n'entend en aucune manière transiger sur le principe de l'unitarité fédérale du pouvoir de nommer.

Il y a lieu, à cet égard, de se demander si l'intransigeance du gouvernement fédéral en ce domaine peut se révéler convaincante. Les conclusions de la conférence constitutionnelle de 1971 le laisseraient supposer dans la mesure où elles reflètent le fond de l'attitude d'Ottawa :

"(...) tandis que le gouvernement fédéral conserverait le pouvoir de nomination à la Cour, la constitution devrait reconnaître l'importance de la participation provinciale dans le processus de sélection de candidats appropriés pour la nomination" (3).

Si le refus catégorique d'Ottawa de consentir à un quelconque partage de son pouvoir de nomination illustre la détermination du gouvernement fédéral de garder un rôle prédominant sur la plus haute autorité judiciaire canadienne, il ne ferme, toutefois, pas la porte à une négociation sur un éventuel changement dans la procédure même de nomination des juges.

Maîtresses du jeu mais cependant conscientes de l'urgence de la réforme, les autorités fédérales se déclarent, à cet égard, disposées à

(1) Conférence constitutionnelle, Ottawa, 12 février 1969, p. 413.

(2) Ibid., p. 413.

(3) Conférence constitutionnelle, Ottawa, 8 et 9 février 1971, p. 5.

favoriser toute solution de compromis susceptible de trouver un assentiment des provinces (1).

Paragraphe 2 - Les perspectives de compromis en matière de nomination
des juges à la Cour

Rejetant les propositions du Québec pour la nomination des juges par les provinces au nom de la préservation de l'indépendance de la Cour Suprême, le gouvernement fédéral s'est toutefois efforcé de trouver un terrain d'entente en se proposant d'associer les provinces à la nomination des juges par le biais d'une participation indirecte ou directe.

Il s'agira, à cet égard, d'examiner successivement les projets de réforme tendant à instaurer une participation indirecte et directe des provinces canadiennes à la nomination des juges.

A - L'instauration d'une participation indirecte à la nomination
des juges

Voulant convaincre les provinces de sa bonne volonté de réforme, les autorités fédérales se proposent de faire du sénat l'organisme d'approbation de la nomination des juges de la Cour Suprême, en partageant avec les provinces la nomination des sénateurs. Le recours au Sénat passerait dès lors par une réforme de ce dernier et permettrait à cette seconde chambre non électorale du Parlement fédéral d'apporter une contribution utile.

Le Sénat est une assemblée de 102 membres (2) nommés à vie par

(1) P.E. TRUDEAU s'est, à cet égard, toujours donné bonne conscience en déclarant : "Depuis que je suis devenu ministre, j'ai eu comme pratique de consulter le président de l'Association du Barreau Canadien (...) avant de nommer un juge", (Débats, Chambre des Communes du Canada, 1967, 30 novembre, p. 4895-6).

(2) Article 21 de l'A.A.N.B. de 1867. Le texte original prévoyait un Sénat et 72 membres. Les modifications à l'A.A.N.B. de 1915 et 1949 ont porté ce nombre à 96 puis à 102.

le gouvernement fédéral (1). Le rôle dévolu à cette assemblée lors de sa création était de réviser sans précipitation la législation. Ce devait être, dans l'esprit des Pères de la Confédération un organe susceptible, de par sa fonction régulatrice de faire un contrepoids à la Chambre des Communes. Juridiquement, le Sénat incarne un organe législatif du Parlement fédéral, autonome et indépendant dont les pouvoirs sont identiques à ceux de la Chambre des Communes.

Toutefois, s'il peut théoriquement défaire l'oeuvre législative de la Chambre vasse par le rejet ou l'amendement d'un projet, il n'a usé de ces prérogatives qu'en de rares occasions. Par ailleurs, la fonction législative du Sénat se trouve restreinte par le fait que le Cabinet n'est pas responsable devant ce dernier. En outre, en attendant que les projets de loi aient été débattus devant la Chambre des Communes, le Sénat est confiné à n'être qu'une chambre passive de seconde zone. Enfin, et surtout, de par l'absence d'assises électives, cet organe législatif ne peut véritablement prétendre s'opposer, sous peine de graves tensions, à la Chambre des Communes qui est une assemblée expression du vote populaire (2).

Organe dépourvu de véritables assises, dépendant pour sa composition de la discrétion du gouvernement fédéral, le Sénat est amené tout au plus à incarner un certain pluralisme canadien. En effet, le Sénat est devenu, par les soins du Premier ministre fédéral, une assemblée de personnalités représentant divers groupes ethniques, économiques et professionnels.

C'est dire qu'à l'heure actuelle, l'efficience législative et par conséquent politique du Sénat s'avère résiduelle. A cet égard, d'aucuns n'ont pas manqué de préconiser l'abolition de "(...) cet organe déjà débile (...) "(3)

(1) Article 24 de l'A.A.N.B. de 1867 : "Le gouverneur général au nom de la Reine et par écrit portant le grand sceau du Canada, nomme sénateurs, lorsqu'ils le juge à propos, des personnes possédant les qualités requises. Sous réserve des dispositions de la présente loi, toute personne ainsi nommée devient et est membre du Sénat et sénateur".

(2) cf. KUNZ F.A. : "(...) le Sénat, organe nommé, est non représentatif, irresponsable et par conséquent antidémocratique", ("The modern Senate of Canada 1925-1963", University of Toronto Press, 1965, p. 369.)

- cf. BONENFANT J.C. : "Le Sénat canadien n'a jamais joué le rôle véritable d'une chambre haute dans un pays de type fédératif", ("Le Sénat", in "Le système politique du Canada - Institutions fédérales et québécoises", Editions de l'Université d'Ottawa - Ottawa, 1968, p. 131).

- cf. ibid. ROSS G. : "The senate of Canada ; its constitution, powers and duties historically considered", Toronto, 1914, p. 91.

- cf. ibid. BEAUDOIN G.A. : "Pour une réforme de la Cour Suprême", op. cit., p. 5.

(3) BRUN H. & TREMBLAY G. : "Droit Public Fondamental", op. cit., p. 337

tandis que d'autres à l'instar des milieux fédéraux sont favorables à une meilleure utilisation du Sénat (1).

L'idée d'appeler les sénateurs à ratifier la nomination des juges de la Cour Suprême s'insère aussi dans une politique de plus grande responsabilisation du Sénat. Toutefois un accroissement de pouvoirs en la matière supposerait, au préalable, un réaménagement du mécanisme même de nomination des sénateurs qui, pour certains, "(...) n'est pas aussi respectueux des exigences du fédéralisme" (2) que celui en vigueur au Sénat américain (3). En effet, de par son monopole de nomination, le gouvernement fédéral s'est toujours efforcé d'envoyer à la haute assemblée des personnalités politiquement proches. Ainsi, par sa configuration partisane due à une structure unilatérale de nomination, le Sénat ne pouvait, dès lors, être qualifié, aux yeux de la Province de Québec pour jouer un quelconque rôle dans la nomination des juges au tribunal suprême :

"(...) avec un sénat, souligne le rapport TREMBLAY, dont les membres sont entièrement nommés par le même gouverneur général en conseil, nous doutons qu'une telle réforme apporte une protection efficace aux droits des provinces" (4).

(1) Divers projets de réforme ont été avancés pour rénover la haute assemblée. Certains voudraient en faire une chambre susceptible d'assurer la participation des membres de la fédération à l'exercice de la fonction législative au niveau central. D'autres proposent de transformer le Sénat en une chambre où les deux principaux groupes ethniques du pays seraient également représentés.

(2) BEAUDOIN G.A. : "La révision constitutionnelle et le statut de la Cour Suprême", op. cit., p. 264. L'auteur estime par ailleurs : "Si le Sénat était réformé de façon à devenir plus fédéral, comme c'est le cas des chambres hautes dans plusieurs fédérations, le choix des juges de la Cour Suprême (...) pourrait être ratifié par le Sénat", ("La crise constitutionnelle canadienne : les accrocs et les silences de notre constitution fédérale", *Le Devoir*, 20 août 1977, p. 5).

cf. *ibid.* TREMBLAY A. : "(Le sénat) (...) n'ayant aucune assise provinciale et ne pouvant prétendre représenter aucun intérêt des provinces membres, doit être écarté du processus de nomination, à moins, bien entendu, qu'on ne le réforme et qu'on en fasse non pas une assemblée aristocratique et économique, mais une chambre vraiment fédérale", ("L'arbitre d'un système fédéral : Canada", op. cit., p. 146).

cf. BRIGGS E.D. : "Federalism and reform of the Senate : a commentary on recent government proposals" in "Canadian federalism : myth or reality", 1971, op. cit., p. 212).

(3) Le sénat américain représente l'ensemble des Etats fédérés. Chaque Etat est également représenté par deux sénateurs.

(4) Rapport TREMBLAY, op. cit., 1956, vol. 3, p. 300-301

De l'handicap du mode de nomination sénatorial, les autorités d'Ottawa en sont pleinement conscientes et se déclarent prêtes dès 1969 à engager une procédure de réforme susceptible de permettre aux législatures provinciales de nommer un certain nombre de sénateurs dans le but de faire participer indirectement celles-ci à la nomination des juges à la Cour. Ainsi, selon le plan de réforme conçu par le gouvernement fédéral, les sénateurs nommés par les provinces ratifieraient, ainsi que les sénateurs nommés par Ottawa, le choix des juges entériné par le gouvernement fédéral. Dans un tel système, comme le notait non sans satisfaction le Premier ministre fédéral, "(...) le point de vue provincial pourrait ainsi être exprimé" (1). Par ailleurs, un semblable réaménagement est de nature à concilier harmonieusement l'exigence d'une participation provinciale à la nomination des juges à la Cour Suprême et la détermination d'Ottawa de conserver une pleine souveraineté sur le pouvoir de nomination.

C'est cette possibilité de faire cohabiter à travers cette réforme ces deux principes qui amenait le ministre fédéral de la Justice à incliner pour une telle solution :

"Ce serait, estimait M. TURNER, une façon de donner aux provinces le droit de se faire entendre à cet égard, le gouvernement fédéral, d'autre part, conservant ses attributions en tant qu'instance particulièrement chargée de la responsabilité de ces nominations" (2).

Certes, il est incontestable que ce projet de réforme s'avère, du moins au plan théorique, attrayant dans la mesure où il permet par le biais d'une revalorisation du sénat, d'instaurer les bases d'une plus grande démocratisation des mécanismes de nomination des juges au tribunal suprême. A cet égard, il est à noter que cette idée, loin d'avoir été rejetée, avait fait l'objet d'applications semblables par certains auteurs québécois (3).

C'est, cependant, au niveau de l'élaboration des modalités pratiques

(1) TRUDEAU P.E. : "La constitution canadienne et le citoyen", op. cit., p. 33.

(2) Conférence constitutionnelle, Ottawa, 12 février 1969, p. 411.

(3) cf. MORIN J. Y. : "Peut-être serait-il possible d'instituer une certaine spécialisation dans les fonctions des deux chambres. Par exemple le Sénat pourrait se voir attribuer la compétence en ce qui concerne (...) l'élection des juges fédéraux", ("Un nouveau rôle pour un sénat moribond", Cité libre, 1964, vol. 68, p. 7). L'auteur devait préciser par ailleurs : "Les juges pourraient être élus par le Sénat si ce dernier était transformé en une chambre haute binationale et il pourrait être disposé qu'une majorité de deux tiers soit requise pour obtenir l'élection", ("A constitutional court for Canada", op. cit., p. 551).

que ce projet risque de soulever des problèmes délicats. Il ne fait aucun doute, en effet, que dans cette perspective les "(...) changements (...) dans la représentation et la méthode de nomination à la Chambre haute" (1) ne pourront être mis en oeuvre sans susciter d'éventuelles controverses. C'est dire, en définitive, que si cette "américanisation" de la fonction sénatoriale dans le domaine de la nomination des juges à la Cour Suprême (2) reste théoriquement viable, elle ne semble pas, en raison d'une absence de volonté politique réelle, en mesure d'aboutir dans l'immédiat (3).

Aussi, le gouvernement fédéral s'est-il attaché à rechercher d'autres solutions de réforme plus stimulantes, notamment par la création d'un système reposant sur une participation directe des provinces canadiennes à la nomination des juges à la Cour Suprême.

B - L'instauration d'une participation directe à la nomination
des juges à la Cour

Partie intégrante de la Charte de Victoria de 1971, ce projet, plus que tout autre (4) fut l'objet de longues discussions entre les autorités fédérales et les provinces canadiennes. Novateur dans la formulation de ses modalités,

(1) "La révision constitutionnelle 1968-1971", Rapport, 1974, op. cit., p. 70.

(2) La nomination d'un juge à la Cour Suprême des Etats-Unis par le Président doit être ratifiée par le Sénat.

(3) Diverses oppositions se sont manifestées à cette réforme :

- "On a suggéré que le Sénat pourrait avoir un pouvoir spécial, celui de confirmer la nomination des juges de la Cour Suprême (...). Un tel rôle pourrait entraîner une controverse politique au sujet de la nomination, et un débat public inutile qui affaiblirait probablement la position du titulaire au lieu de la renforcer. Nous rejetons cette proposition", (Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des Communes sur la constitution du Canada, Rapport final, op. cit., p. 34).

- cf. LEDERMAN W.R. : "(...) il y a une chose à laquelle je m'oppose, c'est que les nominations doivent être soumises à l'approbation du Sénat", ("Témoignage devant le comité spécial mixte sur la constitution du Canada", Procès-verbaux, 27 octobre 1970, fascicule n° 6, p. 21).

- cf. SAURIOL P. : "La réforme de la Cour Suprême", op. cit., p. 5.

- cf. ALBINSKI H.S. : "The canadian senate : politics and the constitution", A.P.S.R., 1963, vol. 57, p. 391.

- cf. CORRY J.A. : "Témoignage devant le comité spécial mixte sur la constitution du Canada", op. cit., p. 46.

(4) TRUDEAU P.E. : "Aussi (...) ce tribunal recevrait son autorité de la constitution elle-même. On pourrait nommer les juges à partir de listes soumises tour à tour par le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux", ("Le fédéralisme et la société canadienne française", Montréal, Ed. H. M. H., 1967, p. 158).

ce projet reflète néanmoins la même démarche de fond dans la mesure où le gouvernement fédéral entoure la concession du principe d'une participation provinciale à la sélection des juges de multiples restrictions qui rendent celle-ci purement formelle.

Sur le plan du principe même, les dispositions de la Charte de Victoria sont assurément explicites. En effet l'article 28 stipule :

"Personne n'est nommé juge à la Cour Suprême du Canada sans l'accord du Procureur général du Canada et du Procureur général de la Province intéressée sur la personne à nommer pour remplir cette vacance (...)"

C'est donc, en l'espèce, entériner une procédure de consultation entre Ottawa et la province concernée et la recherche d'un accord préalable avec celle-ci sur la nomination d'un juge à la Cour. Cependant, d'autres dispositions viennent altérer ce principe de la représentation des provinces dans le processus de sélection du juge, qui s'apparente, dès lors, beaucoup plus à un octroi fédéral qu'à un véritable droit dévolu à la province dans la mesure où Ottawa entend conserver l'entière initiative de la procédure.

Aussi, au terme de l'article 26 de la Charte, l'initiative du processus de nomination appartient au seul Procureur général du Canada et la province du candidat considéré n'a que le droit d'être informée du choix envisagé par Ottawa. Il est à observer, par ailleurs, que le gouvernement fédéral n'est nullement tenu à obtenir un accord indispensable de la province concernée. Celui-ci doit tout au plus s'efforcer "(...) dans les limites du raisonnable (...)" (1) de s'entendre avec le Procureur général de la Province intéressée avant que le choix définitif de la nomination d'un juge à la Cour ne soit entériné.

Par ailleurs, en cas de réponse négative de la province, Ottawa invite celle-ci à choisir entre deux formes de collèges chargés de faire une recommandation. Cependant quelque soit le collège choisi par la province, cette dernière n'a aucune latitude d'ajouter ses préférences à la liste dans la mesure où les noms des candidats considérés sont soumis, au terme de l'article 31, par le seul gouvernement fédéral. Celui-ci n'est pas obligé, du reste, de suivre cette recommandation. Enfin si la Province refuse les deux collèges proposés par le Procureur Général du Canada, "(...) ce dernier choisit le candidat à nommer" (2).

(1) Charte constitutionnelle canadienne, 1971, article 27.

(2) Ibid., article 30.

On mesure ainsi que le principe de participation provinciale directe voulu par la Charte comporte, au-delà de la complexité de son application, de sérieuses restrictions qui réduisent considérablement l'initiative des provinces. "En somme, note-t-on, la province a le pouvoir de dire ... oui" (1). Certes, il serait malhonnête de rejeter en bloc l'ensemble du projet qui, par son existence, reflète d'une certaine manière une prise de conscience d'Ottawa en ce domaine. Toutefois si un tel projet contient en matière de participation provinciale à la nomination des juges à la Cour Suprême "(...) une suggestion intéressante qui est un pas dans la bonne direction" (2), il ne saurait cependant répondre aux exigences légitimes de la Province de Québec en ce domaine. Taxée par certains d' "(...) à la fois compliquée et modeste" (3), la procédure de nomination des juges imaginée par la Charte de Victoria s'avère trop insatisfaisante pour recevoir l'assentiment des autorités québécoises mais constitue néanmoins un acquis non négligeable susceptible de servir de base à de nouvelles propositions. A cet égard, bien qu'estimant "(...) peu commode (...)" (4) le mécanisme de nomination décrit par la Charte, le rapport du Comité spécial mixte le reprenait en substance en jugeant cependant souhaitable de permettre aux provinces de proposer des candidats au collège prévu à cet effet.

(1) LECLERC J.C. : "La Cour Suprême d'un Canada souverain", *Le Devoir*, 12 avril 1976, p. 4.

- cf. SAURIOL P. : "Il faut bien constater que le texte inclus dans le document de Victoria au sujet de la Cour Suprême n'apporterait pas les changements nécessaires ; il y aurait une certaine amélioration par rapport à la situation présente, mais rien ne serait vraiment changé quant à l'aspect fondamental du problème. La prépondérance du gouvernement central demeurerait inacceptable notamment en ce qui concerne la nomination des juges de ce tribunal", ("La réforme de la Cour Suprême proposée à Victoria est inacceptable", *Le Devoir*, 22 juin 1971, p. 4).

- cf. RYAN C. : après avoir analysé les propositions de la nouvelle Charte constitutionnelle en tous points identiques à celle de Victoria, l'auteur note : "Le chapitre sur la Cour Suprême est très fortement construit en fonction d'une prépondérance à peu près totale du gouvernement fédéral en ce qui touche la nomination des juges. Il comporte sans doute une procédure de consultation des provinces, mais on y pousse très peu loin la confiance envers les provinces. Même quand il y a consultation, on réserve au seul pouvoir central le droit de proposer des noms", ("Des changements peu attrayants pour le Québec", *Le Devoir*, 10 avril 1976, p. 4).

- cf. TREMBLAY A. : l'auteur considère par contre que les mécanismes de participation prévus par la Charte de Victoria constituaient "(...) un excellent pas en avant (...)", ("L'arbitre d'un système fédéral : Canada", op. cit., p. 147). Quant à BEAUDOIN G.A. : "La Charte de Victoria de juin 1971 constituait un premier pas dans cette direction", ("Le fédéralisme face à la société post-industrielle : au Canada", op. cit., p. 57).

(2) BEAUDOIN G.A. : "La Cour Suprême et le partage des compétences législatives", op. cit., p. 54.

(3) BONENFANT J.C. : "La Cour Suprême et le partage des compétences", op. cit., p. 32.

(4) Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des Communes sur la constitution du Canada", op. cit., p. 39.

On constate aussi que les modalités relatives à une nouvelle procédure de nomination des juges à la Cour Suprême préconisées par la Charte de 1971 restèrent lettre morte. Cela est d'autant plus compréhensible que la démarche des deux partenaires participait d'une approche différente de la question. Le gouvernement d'Ottawa, en effet, était prêt à concéder en ce domaine quelques améliorations de procédure tandis que la Province de Québec table beaucoup plus sur une transformation de fond du processus de nomination.

Depuis la conférence de Victoria, la réforme globale de la Cour Suprême est dans l'impasse. Une certaine obstination sinon une intransigeance d'Ottawa et de Québec ne sont pas étrangères à cet état de fait et les chances d'accord sur la mise en oeuvre de "(...) solutions acceptables (...)" (1) en la matière sont compromises par le blocage des négociations entre l'Etat fédéral et les provinces fédérées canadiennes sur le rapatriement de l'A.A.N.B. de 1867.

Elément du tout, la réforme globale de la Cour Suprême du Canada ne saurait, en effet, être menée à terme d'une manière autonome, dans la mesure où elle s'insère dans le contentieux du dossier constitutionnel canadien centré sur le problème fondamental du rapatriement de la constitution canadienne. C'est dire combien le réaménagement du tribunal suprême canadien passe par la résolution de la question autrement plus vaste de la canadianisation de l'A.A.N.B. et de son corollaire le pouvoir d'amendement.

Or les attitudes du gouvernement fédéral et de la province de Québec sont, en la matière, radicalement différentes. Pour Ottawa, il s'agit, dans le cadre du statu quo constitutionnel actuel, de mettre fin à un anachronisme historique en rapatriant la constitution canadienne et par là même en récupérant le pouvoir d'amendement des articles fondamentaux. L'objectif du gouvernement fédéral est, dès lors, de parvenir à arracher le consentement des provinces et en particulier du Québec et cela au prix de quelques réformes qui ne sauraient toutefois remettre en cause le dispositif constitutionnel du partage des compétences entre les deux ordres de gouvernement.

La Province de Québec ne rejette pas, quant à elle, le principe du rapatriement de la constitution de 1867. Cependant, elle pose comme préalable à son consentement une révision de fond des pouvoirs partagés entre les deux ordres de gouvernement. En d'autres termes, il y a lieu de modifier profondément la structure actuelle du partage des compétences entre l'Etat fédéral et les provinces fédérées avant de songer à recouvrir un pouvoir d'amendement sur les articles fondamentaux régissant cette répartition des pouvoirs.

(1) TRUDEL G. : "Le pouvoir judiciaire au Canada", op. cit., p. 239.

On réalise, dès lors, que la "fédéralisation" de la Cour Suprême est étroitement liée sinon conditionnée par la "fédéralisation" du régime constitutionnel canadien institué en 1867. Pour le gouvernement provincial de Québec, la situation présente de la Cour Suprême ne correspond pas à une donnée en soi mais tire son fondement de causes plus fondamentales. En exigeant une révision préalable des pouvoirs, la Province de Québec entend ainsi s'attaquer aux causes mêmes de la centralisation du fédéralisme canadien.

Il s'agira ainsi d'analyser dans quelle mesure la priorité fédérale du rapatriement de la constitution s'est trouvée jusqu'à présent contrecarrée par le préalable québécois de la révision des pouvoirs.



SOUS - TITRE II

LES ARRIERE - PLANS DU CONTENTIEUX DE LA COUR SUPREME
DU CANADACHAPITRE I : LA PRIORITE FEDERALE DU RAPATRIEMENT DE LA
CONSTITUTION DE 1867

Pour le gouvernement fédéral, la constitution de 1867 souffre d'une "(...) grave lacune" (1). Celle-ci se matérialise dans le fait que l'Acte Confédératif de 1867 ne possède pas de formule d'amendement susceptible de permettre au Parlement fédéral de modifier la constitution canadienne dans ses articles fondamentaux.

Loin d'être due à une incapacité de répondre à une telle question, la défectuosité de la procédure d'amendement prévue par l'A.A.N.B. de 1867 relève essentiellement de circonstances historiques.

(1) ARES R. : "Dossier sur le pacte fédératif de 1867. La Confédération : pacte ou loi ?", Montréal, Ed. Bellarmin, 1967, p. 245.

SECTION I - LE CONTEXTE HISTORIQUE DE LA PROCEDURE D'AMENDEMENT

Le caractère incomplet des dispositions relatives au pouvoir d'amendement met en lumière l'origine coloniale de l'A.A.N.B. de 1867. En effet, lors de la fondation de la Confédération, les provinces canadiennes qui allaient s'unir, bien que n'étant plus des colonies ordinaires, restaient néanmoins sous la tutelle de la Grande-Bretagne.

Il advenait dès lors que la nouvelle constitution canadienne pour acquérir une base légale devait être sanctionnée par une loi du Parlement britannique et toute modification ultérieure de ce texte devait être obligatoirement entérinée par l'organe constituant du Parlement de Westminster.

A cet égard, le peu de place consacré à la question de la procédure d'amendement lors des débats sur la Confédération révèle dans quelle mesure les Pères de la Confédération n'entendaient pas remettre en cause le lien constitutionnel qui les unissait au Royaume-Uni :

"(...) nous allons vers le Gouvernement impérial, notre commun arbitre à tous, dans notre métropole vraiment fédérale (...) nous y allons pour demander notre charte fondamentale. Nous espérons, en possédant cette charte qui ne peut être amendée que par l'autorité qui l'a faite, que nous donnerons des bases permanentes à notre futur gouvernement" (1).

C'est dire que le Parlement impérial avait tout pouvoir de légiférer constitutionnellement à l'égard des colonies. Ainsi, bien que la Confédération de 1867 ait été établie sur l'entière initiative des provinces canadiennes, seul le Parlement britannique possédait le pouvoir législatif de nature à conférer à l'Acte confédératif une assise légale véritable. L'A.A.N.B. n'était en définitive qu'un "(...) acte du Parlement britannique et rien d'autre" (2). On comprend, dès lors, que le gouvernement fédéral se soit efforcé depuis 1867 de rapatrier la constitution canadienne et implicitement recouvrir la plénitude de sa compétence au niveau de la procédure d'amendement.

Il conviendra, donc, de montrer que la canadianisation de la

(1) Débats Parlementaires sur la question de la Confédération des Provinces de l'Amérique Britannique du Nord, 1865, p. 146.

(2) LIVINGSTON W. : "Federalism and constitutional change", op. cit., p. 47.

procédure d'amendement a marqué un certain progrès mais demeure cependant incomplète (1).

Paragraphe 1 - La progression de la canadianisation de la procédure d'amendement

Ce serait une erreur de penser que le pouvoir de modification de l'ensemble des dispositions de l'A.A.N.B. appartenait en intégralité au Royaume-Uni en 1867. En effet, dès cette époque une canadianisation partielle de la formule d'amendement s'opère dans la mesure où il est dévolu aux membres de la fédération des prérogatives quant au pouvoir d'amendement.

A - La reconnaissance d'un pouvoir d'amendement aux membres de la fédération

Si en 1867, le gouvernement fédéral ne disposait d'aucun pouvoir en ce qui concerne une éventuelle modification de la constitution, les provinces fédérées, par contre, se voyaient reconnaître des prérogatives tangibles en la matière.

Il s'agira, à cet égard, d'analyser d'une part les ressorts juridiques de cette reconnaissance et d'autre part les contingences historiques qui l'accompagnent.

1 - Les ressorts juridiques de la reconnaissance

Il est à remarquer que la dévolution d'un pouvoir d'amendement aux membres de la fédération canadienne ne date pas précisément de 1867. En effet, avant la fondation de la Confédération, les législatures coloniales avaient

(1) BEAUDOIN G.A. : "Le Parlement de Westminster retient toujours en exclusivité le pouvoir de modifier le partage des compétences législatives au Canada. Il ne demande pas mieux que de se départir de ce pouvoir devenu extrêmement gênant depuis que notre pays a obtenu son indépendance en 1931. Même si nous nous sommes mis sérieusement à la tâche depuis 1935, sinon depuis 1927, nous n'avons pas encore réussi à nous mettre d'accord sur une formule générale d'amendement et à rapatrier la constitution", ("Le fédéralisme face à la société post-industrielle", op. cit., p. 53).

la possibilité de changer leurs propres constitutions dans la mesure où elles pouvaient le faire suivant le mode et la forme requis par les lois en vigueur de l'époque. A cet égard, l'article 5 de la loi relative à la validité des lois coloniales stipulait clairement :

"(...) toute législature représentative possède et est présumée avoir toujours possédé, dans la colonie sous sa juridiction, pleine compétence pour passer des lois à l'égard de la constitution, des pouvoirs et de la procédure de sa propre législature (...)" (1).

Toutefois cette compétence relative au pouvoir d'amendement était enserrée dans certaines limites. En effet l'article 2 (2) de la même loi précisait, par ailleurs, qu'une loi coloniale ne pouvait contredire les lois britanniques applicables à la colonie sous peine de devenir caduque.

Avec la rédaction de l'article 92(1) de l'A.A.N.B., les restrictions contenues dans la loi de 1865 sont effacées. Dorénavant, les membres de la fédération canadienne se voyaient reconnaître en vertu de cette disposition un pouvoir général de légiférer dans le cadre de leur constitution interne en matière d'organes provinciaux. Aussi, toute législature provinciale avait, dès lors, le pouvoir exclusif d'amender sa propre constitution par une "modification, chaque fois qu'il y a lieu (...) de la constitution de la province (...)" (3).

L'autonomie législative des provinces devait être renforcée ultérieurement par l'article 2 du statut de Westminster qui supprimait la règle exigeant la compatibilité avec les lois britanniques :

"Aucune loi ou disposition législative que le Parlement d'un Dominion édictera postérieurement à l'entrée en vigueur de la présente loi n'est nulle ou inopérante en raison de son incompatibilité, soit avec le droit anglais, soit avec les dispositions d'une loi existante ou ultérieure du Royaume-Uni (...)" (4).

(1) Loi relative à la Validité des Lois coloniales, 28-29 Vict. c. 63, 1865 R.U.

(2) Article 2 : "Toute loi coloniale incompatible avec les dispositions de quelque loi du Parlement relative à la colonie à laquelle cette loi peut s'appliquer ou incompatible avec toute ordonnance adoptée en vertu de ladite loi du Parlement ou ayant dans la colonie la portée et l'effet de cette loi, doit être subordonnée à ces lois, ordonnance ou règlement et est nulle et inopérante dans la mesure de cette incompatibilité seulement".

(3) Article 92(1) de l'A.A.N.B. de 1867.

(4) Statut de Westminster, 1931-32 Geo. V c. 4, R.U., article 2(2).

Il peut se trouver paradoxal de constater une telle reconnaissance d'un pouvoir d'amendement aux provinces alors qu'il n'y en existe aucune de semblable pour le gouvernement fédéral. Le paradoxe est, cependant, le résultat de données historiques particulières.

2 - Les contingences historiques de la reconnaissance

Les raisons historiques de l'octroi aux membres de la fédération de compétences constitutionnelles en matière de pouvoir d'amendement sont étroitement liées au problème relatif à la nature juridique du document constitutionnel de 1867. En effet, si un tel pouvoir d'amendement fut accordé aux provinces, c'était parce que le législateur constituant les considérait comme des membres souverains et par là-même assimilait l'Acte d'Union de la Confédération à un pacte ou selon les termes de Lord ATKIN à un "(...) pacte interprovincial consacré par l'Acte de l'Amérique du Nord britannique" (1). En reconnaissant ainsi la pleine souveraineté des provinces quant à leur pouvoir de modification interne, le législateur entérinait de droit la théorie controversée du pacte.

Cette théorie s'appuie sur l'idée que l'union de 1867 était un pacte conclu entre les diverses provinces dans la perspective de confier certains pouvoirs limités au gouvernement fédéral. Cette délégation de pouvoir n'empêchait pas, cependant, les provinces de conserver toute souveraineté dans la mesure où aucune modification ne pouvait être faite aux modalités de l'union sans leur consentement unanime.

L'ambiguïté des documents qui ont préparé la fondation de la Confédération est à la source même de la controverse portant sur la question de savoir si l'A.A.N.B. de 1867 constitue un pacte ou une loi du Parlement impérial.

L'argument tendant à considérer l'Acte de 1867 comme une loi impériale s'appuie sur la procédure selon laquelle les soixante-neuf résolutions de Londres furent ratifiées par les délégations réunies qui demandèrent au Parlement impérial de sanctionner légalement l'union des provinces selon les principes reconnus dans ces résolutions. Ce n'est qu'après que l'union fut légalisée par la loi impériale qu'il fut procédé à la rédaction d'un projet de constitution qui fut adopté le 29 mars 1867. Ainsi, selon cette optique, l'entrée en vigueur de l'A.A.N.B. le 1er juillet 1867 n'a été rendue possible que par l'assentiment donné par le Parlement de Westminster. L'union de 1867 ne serait, dès lors, qu'un traité ratifié par le législateur londonien.

(1) Procureur Général du Canada v. Procureur Général de l'Ontario (1937) A.C. 326, p. 351.

A l'opposé, les défenseurs de la théorie du pacte font remarquer que les conditions de l'entente furent d'abord l'objet de discussions entre les délégués des trois provinces originaires en l'occurrence le Haut et Bas-Canada, la Nouvelle-Ecosse et le Nouveau-Brunswick. Après que ces derniers se soient mis d'accord sur les termes de l'entente, l'union fut entérinée par le Parlement de Londres. Toutefois, la sanction de la loi impériale ne pouvait enlever à une telle union son caractère de pacte :

"(...) en entrant dans le pacte fédéral, souligne BOURINOT, les provinces n'eurent jamais l'intention de renoncer à leur existence distincte et séparée en tant que provinces lorsqu'elles devinrent une partie de la confédération" (1).

Les débats même sur la Confédération n'apportent que peu de lumière à ce sujet. Si l'on s'en tient à une analyse littéraire des interventions des Pères de la Confédération, l'on constate que le terme même de pacte ne figure nulle part et laisse la place au terme de traité (2). Une telle substitution n'est pas involontaire. En effet MacDONALD et ses amis redoutaient que le recours même à la notion de pacte prédispose les législatures provinciales à rompre avec l'union en cas de désaccord. Aussi assimiler l'Acte d'union de 1867 à un traité relevait d'une "(...) bonne tactique de base, car cela signifiait que la législature serait forcée de l'accepter ou de le rejeter en totalité" (3).

Un tel subterfuge politique ne saurait cependant résister à une analyse historique qui met en évidence le caractère caduque du terme de traité attaché à l'Acte de la Confédération :

"Il est difficile de voir, note LOWER, comment des provinces créées par le Dominion depuis 1867 pouvaient être parties à quelque chose arrangé avant qu'elles n'existaient (...)" (4).

(1) "Canadian studies in comparative politics", op. cit., p. 61.

(2) Sir John A. MacDONALD déclarait à cet égard : "(...) le gouvernement présentait le projet comme un tout, et exercerait toute son influence pour persuader la Chambre d'adopter le projet sans changement, et cela pour la simple raison que le projet n'était pas un projet conçu par le gouvernement du Canada ou par le gouvernement de Nouvelle-Ecosse, mais de la nature d'un traité établi entre les différentes colonies", (Débats sur la Confédération, 1865, p. 15).

(3) LIVINGSTON W. : "Federalism and constitutional change", op. cit., p. 48.

(4) LOWER A.R.M. : "Theories of Canadian federalism - yesterday and today", op. cit., p. 21.

Cette idée que l'Acte Confédératif de 1867 n'était d'abord que le résultat d'une entente devait être reprise par le Conseil Privé. Ce dernier ne déclarait-il pas, en effet, que l'A.A.N.B. renfermait "(...) un compromis par lequel les provinces fondatrices consentaient à se fédérer (...)" (1). Toutefois, le tribunal londonien admettait, par ailleurs, que la loi impériale dans la mesure où elle légalisait cette entente. Celle-ci, dès lors, devenait source d'engagement pour les parties contractantes et d'obligations juridiques implicites :

"(...) même si les résolutions de Québec en ont été la base et que l'on doive en conséquence accepter l'idée qu'une entente pour former une union entre les provinces existait, le fait qu'elle a été adoptée par le Parlement impérial a constitué un nouveau départ et créé de nouveaux gouvernements fédéral et provinciaux" (2).

Au-delà de l'utilisation politique de la théorie du pacte au service de la défense des intérêts et des droits provinciaux, il est indéniable qu'en s'engageant dans la Confédération, les provinces entendaient rester souveraines en tout état de cause et par là-même rester maîtresses de leur avenir.

Le décalage existant entre la situation des provinces et celle du gouvernement fédéral en matière de pouvoir d'amendement allait cependant diminuer avec l'obtention par le Parlement fédéral d'un pouvoir d'amendement dans le domaine constitutionnel.

B - L'obtention par l'Etat fédéral d'un pouvoir d'amendement en matière constitutionnelle

En 1867, les matières constitutionnelles concernant les organes fédéraux étaient sanctionnées par les lois impériales et demeuraient de ce fait entre les mains du Parlement britannique. C'est dire qu'après la fondation de la Confédération, le Parlement fédéral se trouvait démuné de tout pouvoir constitutionnel en la matière.

Avec la loi impériale du Statut de Westminster, se concrétisait le vœu exprimé par les délégués des dominions aux conférences impériales de 1926 et 1930 d'une déclaration d'égalité des statuts. De fait, par l'article

(1) Renvoi relatif aux questions soumises au sujet de la réglementation et du contrôle de l'aéronautique au Canada (1932) A.C. 54, p. 69.

(2) Procureur Général d'Australie v. Colonial Sugar (1914) A.C. 237, p. 252.

2 du Statut, le Parlement du Dominion acquérait son indépendance législative et n'était plus, dès lors, assujetti aux lois votées par le Parlement britannique.

Toutefois, cette indépendance législative du Dominion comportait certaines restrictions qui furent par la suite réduites.

1 - Les restrictions à l'indépendance législative

Conscient que la nouvelle indépendance du Parlement fédéral pouvait être utilisée à l'encontre des provinces canadiennes, le Parlement de Westminster inclut dans le statut de 1931 une clause de sauvegarde de nature à éviter que les droits des provinces en matière de consultation soient menacés. Cette clause écartait les Actes de l'Amérique du Nord britannique du champ d'application du statut :

"Aucune disposition, précise l'article 7 du statut, de la présente loi n'est considérée s'appliquer à l'abrogation ou la modification des lois édictées de 1867 à 1930 à l'égard de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, ou de tout arrêté, règle ou règlement adoptés en vertu de ces lois".

Certes, en ayant dorénavant la faculté d'agir par voie d'amendement sur les matières constitutionnelles autres que celles contenues dans les A.A.N.B. de 1867 à 1930, le Parlement fédéral jouissait d'un pouvoir d'amendement beaucoup plus large qu'auparavant (1). Cependant, par une telle restriction, le législateur britannique entendait rappeler que l'Acte Confédératif de 1867 était l'émanation d'une union de provinces souveraines.

2 - La réduction de la limitation d'amender

La limitation du pouvoir de légiférer du Parlement fédéral eu égard aux organes fédéraux maintenait toujours ce dernier dans une situation d'assujettissement vis-à-vis du Parlement de Westminster. Aussi l'on observe qu'entre 1867 et 1949, le Parlement impérial adopta à la demande du gouvernement fédéral huit lois additionnelles relatives à la constitution des organes

(1) Le Parlement fédéral était ainsi dispensé de respecter la règle de la compatibilité aux lois britanniques de l'article 2 du Statut de Westminster.

fédéraux (1).

Cet état de fait disparaissait avec l'édiction de l'Acte de l'Amérique du Nord n° 2 de 1949 (2) qui supprimait en partie la limitation du droit d'amender la constitution canadienne tel que stipulé par le statut de Westminster. L'Acte de 1949 insérait un nouvel alinéa à l'article 91 de l'A.A.N.B. de 1867 qui conférait au Parlement canadien un pouvoir général de légiférer en matière d'organes fédéraux à l'exception toutefois des dispositions relatives aux droits et pouvoirs des provinces ainsi qu'aux questions d'écoles ou de langues (3).

C'était là, sans conteste, un nouveau progrès dans la récupération par le Parlement fédéral de l'ensemble de ses prérogatives relatives à son pouvoir d'amendement (4). Il restait, cependant, que ce pouvoir, au-delà de cette augmentation sensible, se trouvait encore incomplet.

(1) Ces huit lois additionnelles sont :

- 1) 1875-38-39 Vict. c. 38 (R. U.) modifie l'article 18 de l'A.A.N.B. de 1867 : autorise le Parlement fédéral à définir les pouvoirs, privilèges et immunités des Chambres du Parlement et à valider la loi des serments d'allégeance.
- 2) 1886-49-50 Vict. c. 35 (R. U.) autorise le Parlement fédéral à donner une représentation auprès du Sénat et de la Chambre, aux territoires non compris dans celui d'une province (Yukon, Territoires du Nord-Ouest).
- 3) 1895-59 Vict. c. 3 (R. U.) modifie l'article 47 et autorise la nomination d'un adjoint au président du Sénat.
- 4) 1915-5-6 Geo. V, c. 45 (R. U.) modifie l'article 21 et augmente le nombre des sénateurs de 72 à 96.
- 5) 1916-17-18 Geo. V c. 42 (R. U.) modifie l'article 50 et prolonge, durant la période de guerre, la durée du parlement au-delà des cinq années prévues.
- 6) 1943-6-7 Geo. VI, c. 30 (R. U.) autorise la suspension jusqu'après la fin de la guerre, du réajustement de la représentation des provinces au Parlement du Canada.
- 7) 1946-9-10 Geo. VI, c. 63 (R. U.) modifie l'article 51 de l'A.A.N.B.
- 8) 1949-13 Geo. VI, c. 81 (R. U.) Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1949 (n° 2) autorise le Parlement du Canada à modifier la Constitution du Canada.

(2) 8ème loi.

(3) Article 91(1) de l'A.A.N.B. de 1867.

(4) Deux amendements à l'A.A.N.B. ont été adoptés par le Parlement fédéral en conformité avec le pouvoir obtenu par la modification (n° 2) de 1949, soit l'article 91(1) :

- 1) 1952-1 Elisabeth II, c. 15 (Canada), Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1952, S.R.C., c. 304, modifie l'article 51 relatif à la représentation à la Chambre des Communes et porte à 263 le nombre des députés.
- 2) 1965-14 Elisabeth II, c. 4 (Canada), Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1965, S.C. 1965, c. 4, modifie l'article 75 de l'A.A.N.B. et fixe à 75 ans l'âge de retraite obligatoire pour tout membre du Sénat canadien.

Paragraphe 2 - L'inachèvement de la canadianisation de la procédure
d'amendement

Le caractère inachevé de la canadianisation de la procédure d'amendement demeure à l'heure actuelle un paradoxe sinon une anomalie dans l'histoire constitutionnelle du Canada. En effet, toute une partie fondamentale du droit constitutionnel canadien échappe encore au pouvoir d'amendement du Parlement fédéral. En l'occurrence, tout ce qui a trait à la répartition du partage des compétences entre l'Etat fédéral et les provinces fédérées continue de relever du Parlement londonien.

Il s'agira, à cet égard, d'analyser les circonstances de ce non-rapatriement de cette partie de la constitution en ce qui concerne le pouvoir d'amendement et par ailleurs en mesurer les conséquences.

A - Les circonstances de l'inachèvement en matière de rapatriement
de la constitution

L'obstacle au rapatriement définitif de la constitution en ce qui a trait au pouvoir d'amendement réside dans le statut de Westminster. En effet celui-ci, tout en élargissant le pouvoir d'amendement du Parlement fédéral, faisait une importante réserve qui est à la source de l'impossibilité actuelle pour le Canada de modifier une partie importante de l'A.A.N.B. :

"(...) Et les pouvoirs du Parlement d'un Dominion comprennent la faculté d'abroger ou de modifier une telle loi, un tel arrêté, une telle règle et un tel règlement dans la mesure où ils font partie de la législation de ce dominion" (1).

Or la constitution canadienne de 1867 ne renferme précisément aucune procédure de modification ou d'abrogation qui puisse être mise en oeuvre pour les législatures canadiennes. On constate ainsi que le pouvoir d'amendement accordé au Parlement fédéral en 1949 reste limité, au-delà de son élargissement, dans la mesure où il reste confiné aux cas prévus par les dispositions des articles 91(1) et 92(2) de l'A.A.N.B. . Dans cette perspective, toute autre modification à l'acte confédératif de 1867 ne peut être légalisée que par une loi du Parlement britannique.

Ainsi depuis 1867 jusqu'à aujourd'hui toutes les modifications constitutionnelles ayant trait au partage des compétences ont-elles été sanctionnées

(1) Statut de Westminster, 1931, article 2(2).

par une loi du Parlement britannique (1).

B - Les conséquences de la canadianisation incomplète de la
procédure d'amendement

L'absence d'une procédure de modification dans l'A.A.N.B. de 1867 implique obligatoirement que tout amendement des parties sauvegardées de la constitution canadienne par le Statut de Westminster doit être sanctionné par le Parlement londonien.

Il convient, à cet égard, d'examiner le rôle respectif du gouvernement fédéral et du Parlement de Londres relatif à une procédure d'amendement.

1 - Les responsabilités du gouvernement fédéral

Il est à noter qu'il revient au gouvernement fédéral seul de prendre l'initiative pour toute modification constitutionnelle de cet ordre. Si, à l'origine, la requête d'amendement émanait du gouvernement canadien, celle-ci fut faite par la suite par le Parlement lui-même.

Par ailleurs la procédure de recommandation suit en la matière la voie législative. Cette procédure implique l'enclenchement par les deux chambres du Parlement fédéral du mécanisme de la réforme en formulant une adresse au Souverain afin qu'un amendement soit déposé devant le Parlement britannique. Cette demande se fait d'une manière très officielle puisque c'est le gouverneur général qui transmet au gouvernement britannique la requête à laquelle est joint le projet de loi contenant l'amendement proposé.

S'il n'existe aucune procédure légale de consultation des provinces avant la requête d'un amendement, le gouvernement fédéral est seul juge pour déterminer si un amendement touche les droits provinciaux et entraîne par conséquent une consultation, dans la pratique aucun amendement intéressant les provinces ne serait formulé sans le consentement unanime de celles-ci (2).

(1) Huit lois constitutionnelles ont été jusqu'à ce jour sanctionnées par le Parlement de Westminster. Celle de 1960, en particulier, modifiait l'article 99 de l'A.A.N.B. et fixait à 75 ans l'âge de retraite obligatoire de tout juge des Cours supérieures (1960, Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1960, 9 Elisabeth II, c. 2 (R. U.).

(2) Les derniers amendements de 1949, 1951, 1960 et 1964 ont été demandés avec le consentement unanime des provinces.

2 - Les responsabilités du Parlement britannique

Le Parlement britannique joue tout au long de la procédure d'amendement un rôle purement formel. En effet, ce dernier n'est, en dernière analyse, qu'une simple chambre d'enregistrement. C'est dire qu'il ne dispose d'aucun droit pour examiner le fond de la question concernant la demande d'amendement. A cet égard, il ne serait pas admis constitutionnellement que le Parlement britannique modifie un projet d'amendement adressé par le gouvernement fédéral.

On réalise, dès lors, que si l'amendement constitutionnel est conçu au Canada, il doit aller chercher la sanction du Parlement londonien sous la forme d'une loi, pour être juridiquement viable.

Aussi, était-il compréhensible que le gouvernement fédéral s'efforce par tous les moyens de rapatrier définitivement la constitution canadienne en élaborant avec l'assentiment des provinces une formule d'amendement pour les parties restantes de l'A.A.N.B.

La suppression d'une telle anomalie constitutionnelle aurait dû logiquement recueillir l'accord de toutes les provinces. Ce n'est pas le cas et la recherche d'une formule d'amendement s'est soldée jusqu'à aujourd'hui à un échec.

SECTION II - L'IMPASSE DANS LA RECHERCHE D'UNE FORMULE D'AMENDEMENT DE LA CONSTITUTION

Si toutes les parties intéressées s'accordent pour estimer aberrant le fait que toute une partie importante du droit constitutionnel canadien ne puisse pas être amendée sans l'accord de principe du Parlement londonien, des divergences apparaissent quant à l'élaboration d'une formule d'amendement.

La recherche d'une formule plus souple pour pouvoir amender la partie du droit constitutionnel concernant le partage des compétences entre les deux ordres de gouvernement est restée pour le gouvernement fédéral un objectif fondamental à atteindre. Depuis des années, ce dernier s'est évertué à donner un contenu à ce projet en suscitant diverses initiatives.

Les deux principales tentatives en l'espèce concernent d'une part le projet d'amendement de la Formule FULTON-FAVREAU et d'autre part le projet d'amendement de la Charte de Victoria.

Paragraphe 1 - Le projet d'amendement de la formule FULTON-FAVREAU

La formule FULTON-FAVREAU reste l'une des tentatives les plus conséquentes du gouvernement fédéral pour essayer d'aboutir à un accord sur une formule d'amendement. Ce projet se situe après toute une série d'ébauches infructueuses.

Ainsi dès 1935, une conférence des Procureurs généraux débouchait sur un accord relatif au principe d'une formule impliquant diverses procédures qui correspondraient à différents types d'amendements. Toutefois aucune suite n'était donnée. Il fallut attendre la conférence constitutionnelle de 1950 pour qu'une étape supplémentaire à l'accord de principe de 1935 soit franchie. En effet, il fut proposé d'insérer l'Acte de l'Amérique du Nord Britannique dans un ensemble de six casiers et de rechercher à cet égard une procédure d'amendement adaptée à chacun. Les discussions en restèrent cependant à ce stade.

De fait, après tant d'échecs sur une procédure générale d'amendement à l'Acte Confédératif, les débats des conférences constitutionnelles de 1960-1961 semblent augurer enfin une solution définitive à cette question. Tous les participants sont d'accord pour considérer que la pierre d'achoppement à une véritable canadianisation de la constitution réside dans l'absence de consensus sur une formule d'amendement.

C'est sous la présidence de deux ministres fédéraux de la Justice MM. FULTON et FAVREAU qu'est mis en chantier un projet susceptible de trouver le consentement des gouvernements provinciaux. Il conviendra dans un premier temps d'analyser le contenu de ce projet avant d'en décrire l'impact.

A - Le contenu de la formule

Les promoteurs de la formule FULTON-FAVREAU s'attachèrent à lier dans un seul texte législatif les objectifs inséparables de la canadiation et de la procédure de modification de la constitution.

En effet, en stipulant que "(...) le Parlement du Canada peut édicter des lois abrogeant, modifiant ou rétablissant toute disposition de la constitution du Canada" (1), le projet permettait au Parlement fédéral de recouvrir la totalité de son pouvoir en matière d'amendement de la constitution canadienne et par là-même entérinait le rapatriement définitif de l'acte confédératif de 1867 :

"Nulle loi du Parlement du Royaume Uni, énonce la formule, adoptée après l'entrée en vigueur de la présente loi, ne doit ni n'est censée s'appliquer au Canada, à une de ses provinces ou à un de ses territoires, comme partie de la législation du Canada, de cette province ou de ce territoire" (2).

Si la procédure d'amendement mise en oeuvre par la formule FULTON-FAVREAU s'avérait techniquement complexe, cela était dû au souci des rédacteurs de recueillir le consensus des provinces sur la nécessité de rapatrier définitivement le pouvoir d'amendement tout en les laissant souveraines dans leur choix. De fait, en prévoyant que la formule d'amendement ne pourra entrer "(...) en vigueur sans le concours des législatures de toutes les provinces", les deux ministres fédéraux de la Justice s'attachaient à "apprivoiser" les provinces et particulièrement le Québec. L'introduction du principe de l'unanimité des provinces et du fédéral pour modifier les aspects les plus fondamentaux du fédéralisme et particulièrement tout ce qui concernait les pouvoirs législatifs des provinces devait être de nature, selon le gouvernement fédéral, à rallier celles-ci au bien fondé du projet. Même pour ce qui a trait à des modifications moins fondamentales, l'on retrouve cette volonté d'associer étroitement les provinces à l'amendement envisagé. Aussi les lois affectant de telles modifications ne pouvaient, en tout état de cause, entrer

(1) Formule FULTON-FAVREAU, Projet d'amendement à la Constitution canadienne, article 1.

(2) Ibid., article 10.

"(...) en vigueur sans le concours des législatures d'au moins les deux tiers des provinces représentant au moins cinquante pour cent de la population du Canada selon le dernier recensement général" (1).

Dès lors, il s'agissait de savoir dans quelle mesure la formule FULTON-FAVREAU, au-delà de ses dispositions rassurantes pour les membres de la fédération, réussirait à gagner l'assentiment de l'ensemble des provinces.

B - L'impact de la formule

La formule FULTON-FAVREAU préconisant l'adoption d'une procédure générale d'amendement à l'acte confédératif avait de nombreux atouts pour réussir. D'une part, ce projet venait au bon moment. Toutes les parties, en effet, étaient conscientes de la nécessité de régler cette question. D'autre part, malgré son caractère technique, le projet était assorti de garanties suffisantes pour que les provinces ne soient pas réticentes pour l'adopter. Aussi, le gouvernement fédéral pouvait-il être satisfait de l'intérêt suscité par cette formule d'amendement :

"La formule élaborée en 1960-1961, notait le Premier ministre fédéral PEARSON, (...) est la meilleure à laquelle on puisse aboutir, compte tenu des circonstances dont ont fait état les premiers ministres des provinces et les ministres qui ont participé aux débats qui se poursuivent depuis plus d'une génération" (2).

Convaincu que ce projet était à même d'adopter dans les conditions les plus appropriées les structures gouvernementales canadiennes aux transformations essentielles, le gouvernement fédéral ne doutait pas de son succès.

Or ce fut un échec. Pourtant cette formule d'amendement faillit être adoptée. En effet l'ensemble des gouvernements provinciaux de la Confédération avaient donné leur accord à la procédure de modification. Mais c'était oublier la violente réaction d'hostilité de l'opinion publique québécoise qui amena la législature de la Province à rejeter finalement le projet.

Les raisons qui ont conduit la Province de Québec à refuser in extremis la formule FULTON-FAVREAU sont de deux ordres. En première analyse, il y a lieu de relever que loin d'être une contrainte, le recours à la

(1) Formule FULTON-FAVREAU, projet d'amendement, article 5.

(2) in Préface de l'ouvrage de FAVREAU G. : "Modification de la constitution du Canada", Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1965.

sanction du Parlement de Westminster pour légaliser un amendement constitutionnel demeurerait pour le Québec une garantie. En effet, l'intervention du Parlement londonien joue objectivement un rôle de protection des membres de la fédération dans la mesure où il est à supposer que le Parlement britannique n'accepterait d'entériner une requête d'amendement constitutionnel que si elle émanait de l'ensemble des parties intéressées.

En seconde analyse, le non opposé par Québec s'appuyait sur une observation des implications de la formule d'amendement. En effet, en requérant un accord unanime pour les cas de diminution des pouvoirs provinciaux, celle-ci imposait un accord du même ordre pour toute augmentation de ces derniers. Or, en acceptant le projet FULTON-FAVREAU, le Québec craignait de se lier les mains dans la mesure où il se serait vu interdire toute possibilité future de revendiquer un accroissement de ses prérogatives provinciales. Donner son accord à une telle formule d'amendement, c'était pour Québec se priver du droit de négocier en définitive l'aménagement de nouveaux droits provinciaux. La séduisante formule FULTON-FAVREAU se brisait ainsi sur les écueils acérés de l'autonomie québécoise :

"Le Québec, soulignait déjà le rapport TREMBLAY, en particulier n'y pouvait facilement consentir sans renoncer, non seulement à une partie de son autonomie politique, mais même à son autonomie culturelle (...)" (1).

(1) Rapport TREMBLAY, 1956, op. cit., vol. 1, p. 169.

cf. FARIBAULT M. : "On la présentait comme une formule d'amendement ou de rapatriement. Cependant c'était beaucoup plus que cela. Cette formule consolidait un grand nombre de dispositions présentes et c'est la raison pour laquelle on pouvait s'y objecter", ("Témoignage devant le comité spécial mixte sur la constitution du Canada", Procès-verbaux, 23 mars 1971, fascicule n° 58, p. 47).

cf. MORIN J. Y. : "(La formule Fulton-Favreau) protégeait le pouvoir fédéral et les provinces anglophones contre la volonté de transformation du Québec, parce que toute proposition québécoise était sujette à l'unanimité, au consentement unanime des autres provinces tout en leur permettant de modifier la Constitution sur des points très importants sans l'accord du gouvernement québécois (...). Il y avait donc dans cette Formule Fulton-Favreau deux dangers extrêmement graves pour le Québec (...)", ("Témoignage devant le comité spécial mixte sur la constitution du Canada", procès-verbaux, 6 mai 1971, fascicule n° 75, p. 12).

cf. PHILIP C. : "(...) le Québec ne veut pas d'un mécanisme qui l'empêcherait de conquérir progressivement sa souveraineté. Il ne veut pas avoir besoin du consentement des autres provinces pour obtenir une révision constitutionnelle. Se sachant dans une position particulière, il n'a pas confiance en elles et pense qu'elles s'opposeront à sa volonté d'acquérir une plus grande autonomie", ("La situation politique et constitutionnelle au Québec après les élections du 29 octobre 1973", R.D.P.S.P. 1974, vol. 90, p. 472).

La déception du gouvernement fédéral fut à la mesure des grands espoirs qu'il avait nourris à l'égard du projet FULTON-FAVREAU. De fait, ce qui avait "(...) semblé être une percée majeure dans le développement constitutionnel canadien (...)" (1) capotait sur l'opposition irréductible du Québec.

La formule FULTON-FAVREAU était un échec mais son impact n'en était pas pour autant totalement négatif. En effet, tirant la leçon de l'expérience, le gouvernement fédéral se résolut à persévérer dans la même voie tout en repensant le contenu global du projet : ce fut le projet d'amendement de la Charte de Victoria.

Paragraphe 2 - La procédure d'amendement préconisée par la Charte de Victoria

La procédure d'amendement élaborée par la Charte de Victoria de 1971 demeure jusqu'à ce jour la dernière tentative sérieuse du gouvernement fédéral pour trouver une solution viable en matière d'adoption d'une procédure générale d'amendement de l'A.A.N.B.

Si la tentative de Victoria ne présente rien d'original par rapport aux précédentes dans la mesure où le but poursuivi est le même, elle illustre toutefois une approche différente des autorités fédérales en ce domaine. En effet, au lieu de dissocier le problème de l'amendement des autres questions constitutionnelles, le gouvernement fédéral faisait un geste en direction du Québec en acceptant d'intégrer la réforme de la procédure d'amendement dans le cadre d'une révision constitutionnelle élargie.

Il conviendra dans un premier temps d'aborder le contenu du projet d'amendement défini par la Charte de Victoria et dans un deuxième temps apprécier dans quelle mesure l'attitude conciliante d'Ottawa a été à même de convaincre Québec.

A - La valeur de la procédure

Le projet d'amendement inclus dans la Charte de Victoria s'avérait

(1) SMILEY D. V. : "Canadian federalism and the resolution of the federal-provincial conflict", in "Contemporary issues in canadian politics", Department of Political studies, University of Quelp Scarborough, 1970, p. 53.

plus souple que celui préconisé par la formule FULTON-FAVREAU. En effet, l'article 49 de la Charte rejetait le principe de l'unanimité trop difficile à respecter pour poser la règle de la majorité des provinces pour tout projet de modification :

"La Constitution du Canada, est-il stipulé, peut être modifiée en tout temps par une proclamation du gouverneur général, portant le grand sceau du Canada, pourvu que (...) les Assemblées législatives d'une majorité des Provinces aient, par résolution, autorisé cette proclamation" (1).

Cette disposition impliquait, dès lors, que seule une majorité de six provinces avec l'assentiment du gouvernement fédéral pouvait permettre à une procédure d'amendement de la constitution d'aboutir.

Le gouvernement fédéral n'ignorait pas que le succès de cette procédure d'amendement dépendait de la réponse du gouvernement québécois. Ottawa était, par ailleurs, conscient que la négociation de nouveaux compromis en matière de révision constitutionnelle pourrait faciliter le cheminement de la réforme d'amendement.

Aussi, pour tenter de désamorcer une éventuelle opposition québécoise au projet d'amendement, le gouvernement fédéral consentit à des concessions. La première se matérialisait par une extension des matières sur lesquelles le Parlement fédéral pouvait légiférer à condition toutefois que les lois édictées en ce domaine ne portent "(...) atteinte à l'application de quelque loi présente ou future d'une législation provinciale en ces matières" (2). La deuxième concession d'Ottawa se concrétisait par l'interdiction faite au gouvernement du Canada d'introduire de nouvelles lois dans ces domaines à moins que dans un délai de quatre vingt dix jours avant la formulation de la proposition, il n'ait "(...) informé le gouvernement de chaque province du contenu de la législation proposée et demandé son avis" (3).

Cette attitude conciliante du gouvernement fédéral ne devait, toutefois, pas suffire à neutraliser les réticences du Québec à l'endroit du projet

(1) Charte constitutionnelle canadienne, 1971, article 49.

(2) Révision de l'article 94 A de l'A.A.N.B., l'article 44 de la Charte de Victoria faisait une concession au Québec : cette disposition autorisait le Parlement fédéral à légiférer à propos de diverses prestations (pensions de vieillesse et allocations familiales particulièrement) sous réserve qu'aucune loi ne gêne l'application d'une loi provinciale en ce domaine.

(3) cf. Article 45 de la Charte.

d'amendement. C'était l'échec (1).

B - L'abandon de la procédure

L'assouplissement de l'attitude du gouvernement fédéral ne fut, cependant, pas suffisante pour obtenir l'accord des autorités québécoises. En effet, le Premier ministre BOURASSA, pressé par son opinion publique, rejetait la Charte de Victoria de 1971. Le refus du Québec faisait aussi avorter une nouvelle fois l'adoption d'une procédure d'amendement à la constitution canadienne.

C'est dire que le rejet de la formule d'amendement de Victoria était d'abord et avant tout le rejet des dispositions de la Charte relatives à la révision constitutionnelle. A cet égard, les mobiles de l'opposition du Québec s'appuyaient beaucoup plus sur une critique de l'insuffisance des propositions fédérales en matière constitutionnelle que sur un désaccord relatif à la procédure d'amendement :

"De toutes les formules d'amendement mises au point depuis un demi-siècle, note un observateur québécois, celle de Victoria (...) était la plus souple et la plus réaliste. (...) Au strict plan technique, cette formule était et demeure, après les modifications secondaires qui y ont été apportées, à peu près la plus convenable que l'on puisse envisager à l'heure actuelle" (2).

De fait, nombre de commentateurs québécois considéraient la formule d'amendement de Victoria acceptable dans la mesure où elle ne fermait pas toute possibilité au Québec quant à d'éventuelles modifications futures susceptibles d'élargir ses pouvoirs.

On réalise dès lors que l'échec de la Charte de Victoria se fonde essentiellement sur l'intransigeance du gouvernement fédéral. En effet, si Ottawa comprit la nécessité d'ouvrir plus largement le champ de la discussion constitutionnelle, il l'ensère de limites très strictes. Ainsi, en maintenant fermement sa position sur l'identité et l'égalité constitutionnelle des provinces

(1) PHILIP C. : "Cet article est loin d'accorder au Québec la compétence exclusive demandée", ("La situation politique et constitutionnelle au Québec après les élections du 29 octobre 1973", op. cit., p. 480).

(2) RYAN C. : "Les trois options de M. TRUDEAU", Le Devoir, 13 avril 1976, p. 4.

et en se refusant de négocier a priori un quelconque changement constitutionnel qui renforcerait la situation du Québec, le gouvernement fédéral ne pouvait en aucun cas répondre aux aspirations du Québec.

Si Ottawa est prêt à accepter certains aménagements constitutionnels pour obtenir de la Province de Québec le rapatriement de la constitution, il n'est absolument pas disposé à discuter d'une révision approfondie de la répartition des pouvoirs.

Là réside le coeur du conflit. Car pour Québec, il ne saurait y avoir rapatriement de la constitution de 1867 sans une révision conséquente du partage des compétences entre les deux ordres de gouvernement.

CHAPITRE II : LE PREALABLE QUEBECOIS DE LA REVISION DES POUVOIRS EN MATIERE DE RAPATRIEMENT DE LA CONSTITUTION

Il est à constater que la Province de Québec ne s'est jamais préoccupé véritablement du rapatriement de la constitution comme de la formule d'amendement dans la mesure où ces problèmes ne remettaient pas fondamentalement en cause l'équilibre des pouvoirs au sein de la Confédération (1). De fait, le Québec n'a jamais fait d'objection de principe pour qu'une solution soit apportée à de tels problèmes.

Toutefois, la démarche québécoise a toujours été, par ailleurs, d'utiliser ces problèmes comme moyen de pression sur le gouvernement fédéral en matière de révision constitutionnelle. En effet, la politique de la Belle Province a été de faire dépendre son consentement à un rapatriement de la constitution assorti d'une procédure générale d'amendement de l'adoption de certains changements touchant à la répartition des pouvoirs.

Cette politique n'a pris de l'ampleur que récemment puisque ce n'est qu'à partir de 1967 que le gouvernement québécois prend l'initiative des négociations et force le gouvernement fédéral à s'engager sur le terrain d'une discussion sur la répartition des pouvoirs. En d'autres termes, Québec axe le débat constitutionnel sur la revendication prioritaire d'une révision des pouvoirs. Celle-ci ne saurait, en la circonstance, se ramener à un simple remodelage mais devrait être à même de prévoir des modifications effectives de la constitution susceptibles de transformer les équilibres fondamentaux de la confédération canadienne (2).

(1) cf. MORIN C. : "La révision constitutionnelle : 1965-1970 : bilan provisoire", in "Le Québec qui se fait", Le Devoir, Ed. Hurtubise, 1971, p. 76-77.

(2) Le Premier ministre du Québec, M. R. Bourassa déclarait à l'issue de la Conférence constitutionnelle de Victoria : "(...) la réforme constitutionnelle doit absolument rejoindre des questions de substance, c'est-à-dire essentiellement celles qui ont trait à la répartition des pouvoirs législatifs et fiscaux entre le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux. Une mise au point d'un ensemble de dispositions de forme ou de technique constitutionnelle comme la formule d'amendement n'apporterait évidemment pas de solutions satisfaisantes au problème constitutionnel du Canada", (Conférence constitutionnelle - Délibérations - Victoria - La Colombie Britannique, 14 juin 1971, p. 16).

On réalise, dès lors, que la réforme de la Cour Suprême du Canada n'a pas d'autonomie réelle dans la mesure où elle s'intègre dans le cadre plus vaste de la réforme constitutionnelle du partage des compétences. Par conséquent l'aboutissement des négociations sur le réaménagement du tribunal suprême canadien est intrinséquement dépendant de l'évolution des négociations sur l'ensemble du contentieux constitutionnel entre Québec et Ottawa.

Les revendications du Québec dans le domaine d'une révision des pouvoirs entre les deux ordres de gouvernement ne sont pas restées statiques. Elles ont évolué avec l'affermissement de plus en plus grand du fait québécois. Cette évolution peut se matérialiser dans le passage d'une revendication constitutionnelle à une revendication institutionnelle.

SECTION I - LA REVENDICATION CONSTITUTIONNELLE DE LA REVISION DES POUVOIRS

L'exigence d'une répartition plus équilibrée des compétences entre le gouvernement fédéral et la Province de Québec est signifiante dans la mesure où elle met en lumière la place particulière du Québec dans la confédération depuis 1867. Cette remise en cause du partage des compétences doit être rattachée à l'affermissement constant du nationalisme québécois.

Paragraphe 1 - La prégnance du nationalisme québécois

Après avoir brièvement analysé la naissance du nationalisme québécois, il conviendra d'en apprécier le renouveau.

A - La naissance du nationalisme québécois

Il ne serait pas exagéré de dire que le nationalisme québécois est né en 1759 sur les plaines d'Abraham lors de la victoire de l'armée anglaise sur les troupes françaises à Québec. De fait, le sentiment nationaliste allait servir de ciment à la communauté francophone du Québec. De fait, l'attitude rationaliste était d'abord une attitude de résistance et si depuis les premiers temps de la Confédération "(...) les Canadiens français du Québec sont demeurés profondément nationalistes (...)" (1), c'était pour survivre autour d'une certaine cohésion culturelle.

B - Le renouveau du nationalisme québécois

Longtemps demeuré en hibernation, le nationalisme québécois émerge durablement avec le gouvernement DUPLESSIS. Ce renouveau s'ali-
mente dans la dénonciation de la justification qui a servi de fondement même à la Confédération. En effet, de plus en plus de Québécois rejettent l'interprétation selon laquelle l'A.A.N.B. de 1867 serait le résultat des provinces canadiennes qui se seraient fondues au sein de la Confédération.

Avec le réveil du nationalisme québécois, cette vision fusionnelle de l'Acte confédératif est écartée au profit d'une approche radicalement

(1) BEETZ J. : "Les attitudes changeantes du Québec à l'endroit de la constitution de 1867", op. cit., p. 127.

différente. Celle-ci met en évidence la fondation de la Confédération canadienne comme étant l'oeuvre des deux peuples fondateurs. En dénonçant ainsi le caractère intégrateur de l'A.A.N.B., le courant nationaliste faisait éclater une réalité que le mythe unioniste anglais avait tendu à camoufler. Cette dénonciation s'avérait d'autant plus juste que "(...) le fédéralisme canadien n'a jamais sérieusement fait place au problème posé par la cohabitation des deux peuples fondateurs du pays" (1). Dans cette optique, la démarche nationaliste a tendu à la reconnaissance pleine et entière du peuple fondateur francophone.

Par ailleurs, le renouveau du nationalisme québécois s'accompagne d'une transformation de son contenu. De défensif qu'il était de par sa fonction de cohésion face aux autres provinces anglophones de la Confédération, il devient offensif dans la mesure où à travers lui se développe la revendication d'une large autonomie. C'est dire combien le travail de sape du nationalisme québécois risque d'ébranler de plus en plus les fondations du fédéralisme canadien :

"Le réveil du nationalisme canadien français dans sa forme nouvelle consistant à étendre les compétences et les pouvoirs de la province de Québec (...) a posé, remarque MALLORY, les plus graves problèmes de survie qu'ait dû affronter le système fédéral canadien depuis sa création" (2).

Le nationalisme québécois jouait ainsi le rôle de catalyseur d'aspirations confuses de la population du Québec qui, dès lors, allaient s'unifier dans la même exigence d'une plus grande autonomie.

Paragraphe 2 - L'exigence d'une autonomie accrue

Depuis une dizaine d'années, l'on assiste à une sorte de marchandage constitutionnel entre la Province de Québec et le gouvernement

(1) PRICE E.M. : "Le nationalisme du Québec face au fédéralisme canadien", op. cit., p. 734.

cf. LEVESQUE R. : "Nous sommes une nation dans un pays où il y en a deux. Car tout ce que nous venons d'évoquer, en nous servant de mots comme personnalité, histoire, société, peuple, c'est aussi ce qu'on englobe dans celui de "nation". Cela ne signifie rien d'autre que ce vouloir-vivre collectif qui est celui de toutes les entités nationales faites pour durer", ("Option Québec", Montréal, Ed. du Jour, 1967, p. 19).

(2) MALLORY J.R. : "Le système constitutionnel canadien", op. cit., p. 112.

d'Ottawa. En effet si Québec considère le rapatriement de la constitution assorti d'une procédure générale d'amendement comme nécessaire, il entend toutefois faire payer le prix de son assentiment à Ottawa en obtenant des garanties constitutionnelles tangibles. Si celles-ci ne sont perçues par les dirigeants québécois que comme étant le prélude à l'élaboration d'un nouveau partage des pouvoirs entre les deux ordres de gouvernement, elles n'en demeurent pas moins d'une grande importance pour préserver dans l'immédiat l'autonomie québécoise.

De fait, parallèlement au contentieux relatif à la Cour Suprême du Canada, la Province de Québec entend aboutir à un résultat favorable dans le contentieux qui l'oppose au gouvernement fédéral dans le domaine des droits linguistiques et culturels et de la politique sociale.

A - Le contentieux en matière de droits linguistiques et culturels

La reconnaissance totale de l'égalité de la langue française et de la langue anglaise a toujours été une revendication fondamentale du Québec parce qu'elle est à la base de la cohésion culturelle de la communauté québécoise.

Il conviendra, à cet égard, d'analyser quelle a été la situation historique de la langue française au sein de la Confédération et par ailleurs de décrire les efforts qui ont été depuis lors accomplis pour répondre aux critiques du Québec en ce domaine.

1 - Le sort de la langue française dans l'A.A.N.B. en 1867

L'histoire du français au Canada est l'histoire d'une longue lutte pour se voir reconnaître sur le même pied d'égalité que l'anglais. Il est à rappeler, en effet, qu'à la suite du Traité de Paris et de la Proclamation Royale de 1763, des tribunaux furent institués dont la raison d'être était de mettre en application les lois anglaises. La langue anglaise à cette époque était la seule langue officielle auprès de ces tribunaux.

Avec l'Acte de Québec de 1774, les lois civiles françaises étaient rétablies et les tribunaux antérieurs furent abolis. Désormais le français avait droit d'accès au prétoire. L'Acte constitutionnel de 1791, tout en divisant le Canada en deux provinces, maintenait la situation existante : les lois adoptées restaient toujours en vigueur et il fut procédé à la création d'une chambre élective. A cet égard, si aucun texte n'assurait en ce temps-là l'usage de la langue française, la majorité des députés en imposa cependant

la pratique. Ainsi la rédaction des lois dans l'une ou l'autre langue devint un usage courant et cela malgré les instructions du ministre des colonies spécifiant de rédiger les lois en anglais.

L'Acte d'union de 1840 renforçait la suprématie de la langue anglaise en stipulant en son article 41 que celle-ci était désormais la seule langue officielle en ce qui concernait les documents de la nouvelle assemblée. Des copies pouvaient être traduites en français mais n'avaient pas de caractère officiel. Aussi le français était-il relégué à un statut mineur.

On mesure, dès lors, que l'existence de la langue française n'a jamais été pleinement prise en considération d'une manière équitable par la majorité anglophone de la Confédération. Aussi ne faut-il pas s'étonner que l'article 133 de l'A.A.N.B. n'ait pas cru jugé utile de proclamer l'égalité des deux langues au sein de la Confédération. Tout au plus stipule-t-il que l'usage de la langue française dans les débats de la Chambre des Communes et de la Législature du Québec devient seulement facultatif. On retrouve, par ailleurs, ce recours facultatif du français en ce qui a trait aux procès :

"Dans tout procès ou procédure portés devant tout tribunal du Canada établi en vertu de la présente loi ou devant tout tribunal du Québec, toute personne peut faire l'usage de l'une ou de l'autre de ces langues dans toutes procédures et plaidoiries qui s'y déroulent ou en émanent" (1).

L'article 133 de l'A.A.N.B. ne faisait que consacrer par voie constitutionnelle l'usage du français. Ce n'était là rien qui permettait au français d'accéder à une reconnaissance officielle. Il fallut, à cet égard, plus d'un siècle pour que cette différence de traitement entre les deux langues soit rectifiée.

(1) Article 133, A.A.N.B. de 1867.

- cf. BEAUDOIN G.A. : "Dans notre constitution, il n'y a pas de concept de langues officielles", ("La crise constitutionnelle canadienne : les accrocs et les silences de notre constitution fédérale", op. cit., p. 59. De fait, on constate que l'A.A.N.B. de 1867 est presque totalement muet sur la situation des deux nations en la matière. La protection prévue à l'article 133 concernant l'usage de la langue française au Parlement et dans les tribunaux du Canada, et la protection correspondante de la langue anglaise à l'Assemblée et dans les tribunaux du Québec constituent l'un des rares exemples qui se réfèrent à la question.

2 - Le sort de la langue française dans la Confédération de 1978

Le réalignement du statut du français sur celui de l'anglais doit autant aux pressions exercées par le Québec en la matière qu'à la détermination du gouvernement fédéral d'instaurer dans le droit fil d'un fédéralisme réel un véritable bilinguisme dans l'ensemble du Canada.

C'est ainsi que le Parlement fédéral adoptait en 1969 la loi sur les langues officielles du Canada (1). Ce texte législatif posait le principe selon lequel l'anglais et le français devenaient les langues officielles du Canada pour tout ce qui relevait du Parlement et du gouvernement du Canada. C'était donc reconnaître au français des droits et des privilèges égaux à ceux de l'anglais dans son utilisation au sein des institutions fédérales.

Une telle officialisation du français n'était pas encore la constitutionnalisation de son caractère officiel réclamée par le Québec. La Charte de Victoria donnait à cet égard satisfaction aux autorités québécoises par le biais de son article 10 :

"Le français et l'anglais sont les langues officielles du Canada. Ils ont le rang et ils jouissent des garanties que leur assurent les dispositions de ce titre" (2).

Toutefois, des divergences sérieuses subsistent entre Ottawa et Québec quant au contenu à donner aux droits linguistiques des francophones du Canada (3).

De même en matière de droits culturels, Québec entend que des garanties constitutionnelles claires soient définies en ce domaine. Le Premier ministre québécois ne déclarait-il pas que "(...) les Québécois n'accepteront le rapatriement de la constitution, objectif désirable en soi, que si

(1) 1968-1969 S.C., c. 54 S.R.C. 1970 c. 0-2 vol. V.

(2) Charte constitutionnelle de Victoria, article 10.

(3) Québec estime que la Charte de Victoria n'est pas assez explicite sur la protection de la langue française ainsi que de la culture française au Canada. A cet égard, la nouvelle charte constitutionnelle proposée par le Premier ministre canadien P.E. TRUDEAU semble prendre en plus grande considération le thème de la sécurité culturelle.

cette constitution leur donne des garanties pour l'avenir de la culture française" (1).

B - Le contentieux en matière de politique sociale et économique

Ce contentieux a trait essentiellement au domaine d'une part de l'immigration et des communications et d'autre part aux affaires sociales.

1 - Le domaine de l'immigration et des communications

Considérant que l'immigration et les communications ne pouvaient manquer d'avoir un impact sur l'équilibre linguistique de la Province, le Québec a toujours estimé que des matières aussi fondamentales pour l'avenir de la communauté francophone devaient être incluses dans le champ de compétence provincial. Or dans les deux cas, c'est la compétence du gouvernement fédéral qui prime (2).

Les autorités québécoises prétendent qu'une telle situation constitue une atteinte à l'autonomie provinciale et demandent par conséquent qu'en ces domaines le fondement de la primauté soit renversé au profit des provinces. En d'autres termes, il s'agit d'avaliser la primauté législative des provinces. Par cette réforme, le gouvernement fédéral, sans renoncer à légiférer dans ces matières, reconnaîtrait la validité d'une loi provinciale.

Les propositions du Québec se sont jusqu'à aujourd'hui heurtées au refus catégorique du gouvernement fédéral qui entend conserver la primauté législative autant sur l'immigration que sur les communications. De fait jusqu'en 1977, il est hors de question pour Ottawa de négocier un quelconque

(1) BOURASSA R., Premier ministre du Québec, Conférence inter-provinciale, Terre-Neuve, 1975, in *Le Devoir*, 4 mars 1976, p. 5.

- Le vote du projet de loi 101 déposé par le gouvernement de M. R. LEVESQUE en 1976 fait du français la langue officielle du Québec et traduit le souci des milieux dirigeants québécois de sauvegarder l'acquis linguistique et culturel français.

(2) Au terme de l'article 95 de l'A.A.N.B., il est dévolu au Parlement fédéral ainsi qu'aux provinces un pouvoir concurrent en matière d'immigration. Toutefois, la compétence provinciale se trouve singulièrement réduite par l'application de la prépondérance fédérale en cas d'incompatibilité.

- Le Comité Judiciaire avait décidé que le domaine des communications tombait dans le champ de la juridiction fédérale (cf. Renvoi relatif aux questions soumises au sujet de la réglementation et du contrôle des radio-communications (1932) A.C. 304).

accord sur ce chapitre et la Charte de Victoria, fait significatif, ne renferme aucune disposition ayant trait à ces deux matières. La reprise des négociations constitutionnelles en 1975 laisse deviner un certain assouplissement de la position fédérale. En effet, Ottawa serait prêt à insérer dans une nouvelle Charte constitutionnelle une "nouvelle disposition prévoyant des ententes administratives, notamment en matière d'immigration, de communications (...)" (1).

Cette suggestion fédérale reste, en la matière, loin en-deçà de la revendication d'une garantie constitutionnelle exigée par le Québec. Toutefois, les récentes prises de position du Premier ministre BOURASSA indiquaient un certain rapprochement vis-à-vis du gouvernement fédéral. En effet, Québec ne ferait plus de la garantie constitutionnelle la seule condition à toute réouverture des négociations constitutionnelles. Le gouvernement BOURASSA serait prêt à conclure un accord avec Ottawa en ces domaines s'il était convenu "(...) au moins, un engagement de la part du gouvernement fédéral à permettre que, par des arrangements administratifs, le Québec puisse exercer en ces matières les pouvoirs qu'il demande" (2).

2 - Le domaine des affaires sociales

Les divergences de vues entre Ottawa et Québec en matière de politique sociale furent la cause première de l'échec de la Conférence de Victoria. Cette opposition se centre principalement sur la place à accorder aux programmes conjoints. On entend par programmes conjoints des projets pour lesquels le gouvernement fédéral détermine les objectifs et verse aux provinces qui souscrivent à de tels projets un certain pourcentage des dépenses afférant à leur réalisation.

Cependant, cette coopération fédérale-provinciale dans le domaine économique et social présente une menace pour l'autonomie des provinces. En effet, si le gouvernement provincial est chargé de l'exécution d'un programme de ce genre, il doit, par ailleurs, accepter un contrôle fédéral dont l'objet est de surveiller la bonne affectation du versement des ressources.

(1) Texte d'un projet de proclamation du gouverneur général définissant les modalités d'un éventuel rapatriement de la constitution, 1975, in *Le Devoir*, 4 mars 1976, p. 5.

(2) Mémoire établi à l'issue du Conseil des Ministres de la Province de Québec, St-Félicien, 1975, in *Le Devoir*, 4 mars 1976, p. 5.

De tels programmes conjoints constituent, dès lors, indirectement, une intrusion fédérale dans les affaires provinciales (1).

C'est dire que le Québec s'est sans cesse appliqué à dénoncer la pratique des programmes conjoints dans la mesure où les sommes nécessaires à leur réalisation devraient pouvoir être utilisées d'une manière autonome par les provinces.

Pour calmer l'hostilité québécoise, le gouvernement fédéral fit une concession. Il accepta, en effet, en 1964 qu'un "droit d'option" soit reconnu au Québec. Le principe permettait à celle-ci de se retirer d'un projet commun sans dommage en recevant une compensation fiscale égale au moyen d'une répartition plus avantageuse de la fiscalité commune. Par un tel droit d'option, le Québec avait soit la possibilité de participer à un programme soit de refuser auquel cas il recevait l'équivalence fiscale ou financière des sommes qu'il aurait reçues s'il avait accepté la proposition fédérale.

Si cette concession fédérale s'avérait importante au plan des principes, elle n'entraînait aucun bouleversement au niveau pratique. En effet, en se retirant d'un programme conjoint, les dirigeants québécois n'obtenaient pas de nouveau pouvoir mais évitaient une immixtion des autorités fédérales dans le domaine de juridiction provinciale. Par ailleurs, tout en s'étant retiré du programme, le Québec était tenu de poursuivre le programme jusqu'alors partagé entre les deux ordres de juridictions. De plus, ce droit d'option ne devait pas être interprété, selon Ottawa, comme la dévolution d'une autonomie totale dans les secteurs concernés.

On réalise, dès lors, que le droit d'option de par son ambiguïté, se révélait une solution boiteuse. De fait, l'arrangement de 1964 ouvrait théoriquement sur un désengagement définitif dans la mesure où il était prévu

(1) ANGERS F.A. : analysant l'incidence des subventions, l'auteur note : "Il serait cependant bien difficile de prétendre qu'elles n'entament pas d'une façon ou d'une autre l'autonomie des corps locaux. A en considérer les effets partout où elles ont été pratiquées, elles impliquent, au niveau des Etats particuliers d'une fédération, un abandon au moins de l'exercice de la souveraineté sur certains points", ("Essai sur la centralisation - Analyse de principe politique et économique dans les perspectives canadiennes", Montréal, Ed. Beauchemin, 1960, p. 120).

cf. PHILIP C. : "Ces programmes conjoints sont le plus souvent relatifs à des domaines de compétence provinciale et constituent un réel empiètement d'Ottawa sur les pouvoirs des provinces. (...) En se retirant d'un programme conjoint, le Québec ne gagne pas un nouveau pouvoir mais empêche le Gouvernement fédéral d'opérer une intrusion dans son domaine de juridiction", ("La situation politique et constitutionnelle au Québec après les élections du 29 octobre 1973", op. cit., p. 474).

qu'au bout de cinq ans une équivalence globale définitive permettrait un retrait de tous les programmes. Or, le gouvernement fédéral se refusait en 1969 à appliquer cette clause.

Le constat d'échec s'avère donc patent. Pour le Québec tous les programmes en matière de politique sociale doivent relever exclusivement de la compétence provinciale et il y a lieu dès lors d'inclure dans la constitution une garantie tendant à instaurer une limitation du pouvoir de dépenser du gouvernement fédéral (1). Ce dernier, de son côté, ne souhaite pas que les gouvernements provinciaux puissent "(...) faire échec à l'application, dans une province, des lois fédérales sur la sécurité de revenus et détourner, par l'entremise du Trésor provincial, des revenus fédéraux qui seraient dépensés au gré du gouvernement provincial" (2). Une telle position devait amener Ottawa à refuser au Québec la priorité législative qu'il revendiquait en matière sociale. Il ne semble pas que la suggestion fédérale prévoyant un système d'ententes administratives dans le domaine des affaires sociales soit à même de débloquer les négociations sur ce point.

C - Le bilan de la revendication constitutionnelle en matière de révision des pouvoirs -----

L'analyse des négociations constitutionnelles sur la révision des pouvoirs met en évidence une ambiguïté entretenue par l'attitude québécoise. En effet, il conviendrait de savoir si les points de discussion entre Ottawa et Québec sont de nature à bouleverser les équilibres fondamentaux du partage des compétences ou s'ils ne peuvent que déboucher sur des "(...) accommodements par secteurs et permet que l'évolution continue d'être défavorable aux provinces et au Québec en particulier" (3).

Or, à cet égard, l'attitude du gouvernement BOURASSA depuis ces dernières années jusqu'à sa défaite de novembre 1976 semble avoir été fluctuante face à l'intransigeance fédérale. Certes, si jusqu'au dernier moment, le Premier ministre québécois rétorquait à P.E. TRUDEAU qu'en

(1) cf. BOURASSA R., Premier ministre de la Province de Québec : "(...) nous devons trouver une solution acceptable à l'exercice par le gouvernement fédéral du pouvoir illimité de dépenser, car ce pouvoir illimité équivaut souvent à une mise en veilleuse de ce qui constitue l'essence du fédéralisme, le partage des pouvoirs entre le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux", (Conférence constitutionnelle, Victoria, Délibérations, 14 juin 1971, p. 17).

(2) Allocution inaugurale du Premier ministre canadien P.E. TRUDEAU, Conférence constitutionnelle, Victoria, 1971; p. 3.

(3) Document de travail du Québec, cf. Le Soleil, 21 janvier 1976.

matière de révision des pouvoirs, "(...) la position du Québec va manifesterment plus loin que ce que vous même, quant à vous, envisagez comme possible dans l'immédiat" (1), on observe que M. BOURASSA, tout au long des pourparlers constitutionnels, n'a jamais dit clairement ce qu'exigeait le Québec à tout rapatriement de la constitution.

De fait, face à un gouvernement fédéral montrant à la fois une grande souplesse mais aussi une inflexibilité sans faille, le gouvernement québécois de M. BOURASSA n'a jamais fixé précisément le prix qu'il entendait donner à son accord pour un éventuel rapatriement de la constitution (2).

La remise en cause du préalable d'une nouvelle répartition des compétences entre le pouvoir fédéral et les provinces est un exemple de l'indécision et par conséquent de la faiblesse de la politique québécoise dans le domaine constitutionnel. En effet, jusqu'à présent le Québec posait comme préalable fondamental au rapatriement de la constitution une réforme en profondeur du fédéralisme canadien. Or les dernières positions du Conseil des Ministres du Québec font état seulement d'un "engagement de la part du gouvernement fédéral et des gouvernements des autres provinces à poursuivre après le rapatriement de la constitution des discussions sur la révision constitutionnelle" (3). Il y avait là un net recul des positions québécoises.

Une autre illustration de l'incapacité du gouvernement BOURASSA à s'en tenir à une ligne de conduite ferme a trait au système des ententes administratives. On ne peut manquer d'être surpris d'observer à cet égard que le Québec, après avoir si longtemps fait de la priorité législative provinciale la pierre de touche de ses revendications, se déclarait prêt à s'accomoder de simples arrangements administratifs entre Ottawa et Québec.

(1) Réponse de M. R. BOURASSA en date du 7 avril 1976 à la lettre de P.E. TRUDEAU du 31 mars 1976, *Le Devoir*, 10 avril 1976, p. 5.

(2) On a eu coutume d'associer le nom du Premier ministre du Québec à la conception du "fédéralisme rentable", cf. : PHILIP C. : "Le Premier Ministre québécois est un fédéraliste convaincu mais il souhaite une certaine révision du cadre fédératif actuel. Il estime nécessaire une utilisation maximale des pouvoirs que le Québec possède déjà et l'exercice de compétences nouvelles. (...) Mais pour M. BOURASSA la révision constitutionnelle n'est pas un problème prioritaire. Son souci premier est le développement économique du Québec. (...) En jouant le jeu du fédéralisme, il peut, aussi bien que toute autre province, obtenir des résultats positifs", ("La situation politique et constitutionnelle au Québec après les élections du 29 octobre 1973", op. cit., p. 484-485).

(3) Communiqué du Conseil des Ministres du Québec, 1975, *Le Devoir*, 4 mars 1976, p. 5.

Cette évolution de l'attitude québécoise s'avérait lourde de conséquences dans la mesure où de telles ententes administratives ne remettaient nullement en question la primauté fédérale. En effet, en acceptant le principe des ententes administratives, le Québec se voyait confiné à un pouvoir limité sur certaines modalités de matières vitales pour l'avenir de la Province. Le système des ententes administratives ne saurait dès lors équivaloir à un amendement constitutionnel qui donnerait au Québec la primauté provinciale dans de tels domaines. C'est dire, en substance, qu'en entérinant de semblables ententes, le Québec apportait sa caution à la répartition actuelle des pouvoirs entre les deux ordres de gouvernement.

La grave indécision du gouvernement BOURASSA à propos d'une question aussi fondamentale pour l'avenir du Québec n'est pas étrangère à l'initiative du Premier ministre canadien M. TRUDEAU de presser son homologue québécois de donner son accord sous peine de menacer les provinces de rapatrier unilatéralement la constitution. Cette sorte de chantage du gouvernement fédéral a certainement eu un impact dans le choix de M. BOURASSA de faire du rapatriement de la constitution le thème de la consultation électorale du 15 novembre 1976. Loin de trouver l'appui populaire qu'il escomptait pour mener à bien les négociations constitutionnelles, le Premier ministre BOURASSA est chassé du pouvoir par un fort mécontentement général.

Les raisons de la déroute du Parti libéral de M. BOURASSA sont multiples. Elles tiennent indubitablement à des considérations d'ordre économique mais aussi d'ordre constitutionnel, dans la mesure où le Premier ministre était perçu par la majorité francophone comme un politicien qui allait brader au fédéral l'indépendance du Québec.

"Peu de gouvernements, note justement le professeur BEETZ, peuvent se maintenir longtemps au Québec s'ils ont une réputation de mollesse vis-à-vis des autorités fédérales, et les partis au pouvoir peuvent difficilement se permettre d'être dépassés, sur ce point, en zèle et en vigilance par l'opposition" (1).

De fait, avec l'accession du Parti québécois indépendantiste au pouvoir, la physionomie à venir des négociations constitutionnelles entre Ottawa et Québec se trouve littéralement bouleversée dans la mesure où les revendications du Québec sont amenées à privilégier désormais des solutions institutionnelles ou structurelles par rapport à des accommodements strictement constitutionnels. C'est dire que l'on assiste à une radicalisation de l'enjeu constitutionnel en matière de révision des pouvoirs.

(1) BEETZ J. : "Les attitudes changeantes du Québec à l'endroit de la constitution de 1867", op. cit., p. 127.

SECTION II - LA RADICALISATION DE L'ENJEU CONSTITUTIONNEL EN MATIÈRE DE RÉVISION DES POUVOIRS

Avec la venue de M. LEVESQUE, indépendantiste convaincu, à la tête du gouvernement québécois en novembre 1976, l'attitude du Québec dans le contentieux constitutionnel qui l'oppose à Ottawa se radicalise fondamentalement dans la mesure où la remise en cause se déplace du fonctionnement actuel du fédéralisme canadien au fédéralisme lui-même (1).

En effet, il faut remarquer que la démarche revendicative du gouvernement BOURASSA en matière constitutionnelle s'était toujours insérée dans le cadre fédératif même de la Confédération. Pour le Premier ministre BOURASSA, si une révision constitutionnelle conséquente du partage des compétences s'avérait nécessaire, elle devait néanmoins se dérouler à l'intérieur même de la structure fédérale telle qu'échafaudée en 1867. Fédéraliste convaincu, l'ancien Premier ministre considérait, dès lors, que le Québec se devait, au-delà des problèmes constitutionnels, d'obtenir le maximum d'avantages économiques du système fédéral. C'était là prôner la thèse du fédéralisme rentable dans lequel les enjeux constitutionnels s'effaçaient devant les impératifs économiques. Loin d'être une politique négative parce qu'elle s'efforçait de donner au Québec la place qui lui revenait dans la fédération

(1) Le nouveau Premier ministre du Québec, M. R. LEVESQUE, déclarait : "(...) notre perception centrale que vous connaissez tous, celle que nous avons placée au cœur de notre action et de nos aspirations : à savoir que, pour le Québec en tout cas, la structure et le fonctionnement du régime actuel ne sont vraiment pas "rentables", constituent en fait et de plus en plus un handicap", (Conférence intergouvernementale, Ottawa, 13 et 14 décembre 1976, in "Québec Canada", Ministère des Affaires Intergouvernementales, 1976, n° 11, p. 2.

Le Premier ministre québécois déclarait par ailleurs : "On nous offrira peut-être magnifiquement de participer à la désignation des juges en provenance du Québec. Mais cela ne changera pas un fait inéluctable qui crève les yeux : dans le système actuel, le Québec ne sera jamais autre chose que minoritaire, au tribunal suprême comme ailleurs", (in "Pour redresser la Tour de Pise", (ROY M.), Le Devoir, 2 décembre 1977, p. 4).

cf. ibid. MORIN C. : le ministre des Affaires Intergouvernementales estimait : "Nous tenons à dire clairement, sans détour et lucidement que, selon nous, le régime fédéral actuel doit être remplacé par un nouvel ordre politique. Ce que nous proposerons au reste du Canada, lorsque le moment sera venu, c'est un nouveau type d'association qui tiendra compte des exigences de l'interdépendance économique en même temps que des aspirations séculaires et naturelles des Québécois à la maîtrise de leur destin national", (Conférence fédérale-provinciale des Ministres des finances, Ottawa, 6 décembre 1976, in "Québec Canada", op. cit., p. 1).

canadienne, la politique "Bourassienne" était devenue, au fil des concessions, trop timorée pour remettre véritablement en question l'équilibre des pouvoirs entre les deux ordres de gouvernements.

A l'opposé des thèses fédéralistes, l'option souverainiste se fonde sur l'idée essentielle de l'existence d'une véritable nation québécoise dont l'épanouissement serait difficilement réalisable au sein même du fédéralisme canadien. Dans cette perspective ce ne sont pas quelques réformes constitutionnelles portant sur la Cour Suprême du Canada ou sur les pouvoirs en matière d'immigration qui permettraient au Québec d'échapper à la tutelle centralisatrice du gouvernement fédéral. Estimant, par conséquent, que la structure fédérale est, de par sa fonction, coercitive à l'endroit du Québec, les partisans du séparatisme rejettent toute forme de compromis dans le cadre d'une telle structure.

Il conviendra, à cet égard, de montrer que cette forme de rejet n'a pas émergé brusquement mais n'est que l'aboutissement d'une lente maturation.

Paragraphe 1 - La montée de l'option séparatiste

L'option séparatiste est née et a mûri sur les échecs des thèses fédéralistes. Face aux tenants d'un fédéralisme canadien susceptible de faire preuve suffisamment de souplesse et de dynamisme pour aboutir sans bouleversement constitutionnel majeur à un nouvel équilibre des pouvoirs, s'est développé tout un courant d'idées qui militaient en faveur de l'attribution d'un statut particulier pour le Québec (1).

(1) RYAN C. : "(L'idée de statut particulier) n'implique pas d'abord privilèges ou faveurs spéciales, comme on est trop facilement tenté de le croire, mais reconnaissance réaliste de certaines diversités tellement prononcées qu'elles ne sauraient se plier facilement à des règles trop uniformes", ("Le contenu possible d'un statut particulier au Québec", in "Le Québec dans le Canada de demain", Le Devoir, Editions du Jour, Tome 1, 1967, p. 64).
- cf. BREWIN A. : "Je vois le statut spécial du Québec comme une sorte de dispositif ou d'instrument constitutionnel permettant au Canada français de réserver pour le Québec des fonctions et des responsabilités que je considère intimement liées à sa culture, à son histoire et à ses traditions, fonctions et responsabilités que le reste du Canada préférerait probablement voir exercer par le gouvernement central", ("Il faut modifier la constitution et reconnaître un statut particulier au Québec", in "Le Québec dans le Canada de demain", op. cit., p. 98).

- cf. BONENFANT J.C. : "Le statut particulier est devenu depuis une formule à la mode assez "ondoyante et diverse" pour satisfaire tous ceux qui ne veulent

Aussi serons-nous amenés à dégager la définition de ce statut avant d'en mesurer la résonance.

A - La définition du statut particulier

L'idée d'un statut particulier a animé les controverses constitutionnelles des années 1960. Celle-ci partait de la constatation que la Province de Québec n'était pas une province comme les autres au sein de la Confédération canadienne. A cet égard, un tel postulat s'avérait juste dans la mesure où le Québec est la seule province fédérée au monde qui concentre la quasi totalité de l'un des deux groupes linguistiques qui constituent la fédération. Le concept de statut particulier ne se conçoit dès lors qu'en fonction de la vocation socio-culturelle particulière du Québec.

Il convenait, par conséquent, de traduire ce constat dans la constitution en reconnaissant au Québec une responsabilité spéciale assortie de prérogatives particulières. Ainsi, à travers l'institutionnalisation d'un statut particulier, le Québec, tout en demeurant au sein de la Confédération, jouirait d'un statut spécial et précis de nature à lui procurer des compétences accrues sur des chapitres déterminés. Les dirigeants québécois disposeraient, en l'espèce, d'une large autonomie aussi bien dans les matières internes que sur certains aspects de la politique étrangère. On réalise, en conséquence, que par l'octroi d'un tel statut, il était dévolu au Québec des pouvoirs plus vastes que ceux accordés aux autres membres de la fédération.

B - La résonance du statut particulier

Le concept du statut particulier reposait sur un compromis. C'est en cela qu'il présentait un caractère séduisant mais aussi ambigu (1).

...

ni de l'indépendance, ni du statu quo", ("Genèse et développement de l'idée d'un statut particulier au Québec" in "Le Québec dans le Canada de demain", op. cit., p. 54). cf. ibid. : "Témoignage devant le Comité spécial mixte sur la Constitution du Canada, Procès-verbaux 17 juin 1971, fascicule n° 89, p. 16. - cf. ibid. : MORIN J. Y. : "La voie du statut particulier - l'idée du statut particulier hier et aujourd'hui" in "Le Québec dans le Canada de demain", op. cit., p. 39.

- cf. ARES R. : "Le statut particulier, minimum vital pour le Québec", in "Action Nationale", juin 1965, vol. 54, p. 979-998.

(1) LEVESQUE R. : "La thèse du statut particulier, on l'a déjà dit, c'est l'expression de la peur devant l'inévitable. C'est l'hésitation irréfléchie devant le choix final", ("Option Québec", Montréal, 1967, p. 13).

- Paradoxalement l'idée du statut particulier est combattue par P.E. Trudeau :

.../...

La séduction d'une telle formule venait du fait qu'elle servait de solution de juste milieu à même de préserver l'unité de la fédération canadienne. En effet, elle permettait de faire cohabiter dans le cadre de la fédération canadienne un Québec autonome et un Canada puissant. A cet égard, les défenseurs du statut particulier estimaient qu'un réaménagement de cet ordre donnerait d'une part la possibilité au Québec de s'administrer librement dans le domaine socio-culturel sans pour autant cesser d'être membre de la fédération et d'autre part permettre au gouvernement fédéral d'obtenir des autres provinces un accroissement des pouvoirs en matière économique.

Toutefois comme toute solution intermédiaire, cette formule restait ambiguë dans la mesure où tout en s'efforçant de remodeler les rapports entre l'Etat fédéral et la Province de Québec, elle restait conforme à l'esprit et à la nature du fédéralisme en ce qui concerne ses caractères fondamentaux. Situé à mi-chemin entre une centralisation du fédéralisme canadien et l'accession du Québec à l'indépendance, le concept du statut particulier n'avait pas la cohérence suffisante pour résister à l'attraction de chacun de ces deux pôles.

De fait, au-delà de son attrait purement théorique, la formule du statut particulier était batarde sur le plan politique et ne pouvait contenter ni les provinces anglophones peu disposées à céder certaines de leurs prérogatives à Ottawa, ni la Province de Québec déjà secouée par la propagande séparatiste.

Dépassée avant que d'avoir même été utilisée, la formule du statut particulier a correspondu à une étape dans la prise de conscience par le Québec de son identité politique. Elle restait, en définitive, la dernière tentative institutionnelle pour préserver l'intégralité de la fédération canadienne. Son échec ouvrait inéluctablement au Québec le chemin de l'indépendance :

"(...) il me faudra rappeler, augurait lucidement le professeur BROSSARD, qu'à défaut d'un pareil compromis fédéraliste, la seule autre solution constitutionnelle serait (ou sera) sans doute l'accession du Québec à la souveraineté assortie d'une association économique avec le Canada" (1).

...
 "Comment concevoir une constitution qui donnerait au Québec plus de pouvoirs qu'aux autres provinces, mais qui ne réduirait en rien l'influence des Québécois sur Ottawa ?", ("Le fédéralisme et la société canadienne-française", op. cit., p. 10).

(1) BROSSARD J. : "Fédéralisme et statut particulier", in Mélanges Louis Baudouin, op. cit., p. 425-426.

cf. ibid. : MORIN J. Y. : "Vers un statut particulier pour le Québec", Le Devoir, 22, 23 et 24 avril 1964, p. 4.

Le 15 novembre 1976, M. René LEVESQUE, chef du Parti québécois partisan de l'indépendance, est élu Premier ministre du Québec. L'option séparatiste est dès lors au pouvoir. Longtemps rangée comme une vision idéaliste, l'option séparatiste risque dans un proche avenir de devenir une réalité. Elle reste pour le moins dans l'immédiat un pari.

Paragraphe 2 - Le pari de l'option séparatiste

"Le défi est présent, et la crise est immédiate" (1) déclarait le Premier ministre canadien TRUDEAU après la victoire du parti de M. LEVESQUE aux élections provinciales du Québec. De fait, cet événement a créé une situation fondamentalement nouvelle et constitue une des menaces les plus graves pour l'avenir du fédéralisme canadien.

Il conviendra d'une part d'analyser les objectifs de l'option séparatiste et d'autre part d'en apprécier le destin.

A - Les objectifs de l'option séparatiste

Pour le Premier ministre nouvellement élu du Québec M. LEVESQUE, l'option séparatiste consiste à réunir toutes les conditions susceptibles de favoriser l'indépendance du Québec. C'est dire que l'option séparatiste rejette toute forme de compromis constitutionnel à l'intérieur de ce qu'il considère un pseudo-fédéralisme canadien. Dès lors, seule une souveraineté complète sera à même d'assurer au Québec un avenir débarrassé de toutes sujétions. Considérant que le Québec forme une nation, le Parti québécois en conclue que celle-ci ne pourra survivre qu'à travers l'institution d'un Etat indépendant (2).

(1) TRUDEAU P.E. in *Le Devoir*, 25 novembre 1976, p. 1.

(2) Le leader parlementaire du Parti Québécois C. LAURIN exposait ainsi la ligne politique de son parti : "Le Parti Québécois estime donc que le régime fédéral dans lequel nous vivons est un carcan qui entrave le développement de la collectivité québécoise et qui, à terme, entraînera la disparition de la nation canadienne-française (...). Nous offrons aux Québécois de cesser d'être minoritaires en accédant à la souveraineté qui implique la récupération des pouvoirs et des avoirs québécois actuellement sous séquestre entre les mains du gouvernement central. Nous proposons ensuite une négociation où, d'égal à égal, les gouvernements du Québec, d'une part, et du Canada anglais, d'autre part, pourront élaborer librement une politique commune dans des domaines comme par exemple les douanes ou la monnaie", (*Journal des Débats - Commission permanente de la Constitution*, n° 37, 18 mai 1971, p. B-1278).

Toutefois, pour le Parti Québécois, l'indépendance ne signifierait pas une séparation totale avec le reste du Canada dans la mesure où de nombreux liens survivraient au plan économique. Ainsi, parallèlement au principe d'une souveraineté politique, le Parti Québécois préconise un système d'association entre le Québec et le reste de la Confédération canadienne.

B - Le destin de l'option séparatiste

Est-il déjà trop tard pour sauver l'unité de la Confédération canadienne ? Le Premier ministre canadien mesurait clairement l'enjeu même de la venue du Parti Québécois au pouvoir :

"C'est une grave illusion de croire que le partage des pouvoirs va résoudre le problème que pose le P.Q., parce que ceux qui veulent détruire notre pays n'abandonneront pas leur objectif simplement parce que les gouvernements provinciaux auront, simplement, à un moment donné accru leur pouvoir (...)" (1).

Le gouvernement fédéral semble réaliser que son intransigeance en matière constitutionnelle n'a pas été étrangère à la montée de la vague indépendantiste et dans une plus large mesure des revendications de plus en plus fermes des autres provinces canadiennes en matière de répartition des compétences.

De fait, on observe que le Québec n'est plus isolé dans le domaine des revendications constitutionnelles car de nombreuses provinces remettent maintenant en question l'équilibre présidant à la répartition des pouvoirs. Ainsi, à l'issue de la conférence inter-provinciale d'octobre 1976, les dix ministres provinciaux ont estimé que tout rapatriement de la constitution ne devait pas être entrepris sans qu' "(...) un consensus ait été établi sur l'extension du rôle et de la compétence des provinces dans les domaines suivants : culture, communication, Cour Suprême du Canada, budget, représentation au Sénat et disparités régionales" (2).

Cette soudaine manifestation d'indépendance des ministres provinciaux fut accueillie à l'époque très fraîchement par le Premier ministre TRUDEAU. Depuis l'accession de M. LEVESQUE au pouvoir, l'attitude du gouvernement fédéral s'est quelque peu radoucie :

(1) TRUDEAU P.E., *ibid.* supra, p. 1-6.

(2) Conférence interprovinciale, résultat des délibérations, Ottawa, Le Monde, 2 novembre 1976, p. 5.

"Ce dialogue, déclarait M. TRUDEAU, nous le reprendrons volontiers et quand les provinces voudront. Nous parlerons du partage des pouvoirs avec flexibilité et nous chercherons des solutions fonctionnelles" (1).

Tout le monde politique canadien ne s'y est pas trompé. L'élection d'un leader séparatiste à la tête du Québec est un sérieux avertissement. Peut-être le dernier à moins qu'il ne soit trop tard et que les compromis tactiques du gouvernement fédéral n'exercent plus l'attrait suffisant pour garder le Québec dans la Confédération. Si les élections du 15 novembre 1976 marquent indubitablement "(...) le début d'une ère nouvelle (...)" (2) pour le Canada, elle risque de n'avoir pas le même contenu à Ottawa et à Québec.

En tout état de cause, au-delà de tous les réaménagements constitutionnels conséquents susceptibles de donner satisfaction au Québec, il convient d'observer que ces derniers ne sauraient être un obstacle à la détermination du peuple québécois d'opter pour l'indépendance :

"(...) Si l'on veut être lucide, concluait le professeur BEETZ, l'on ne doit pas écarter une dernière hypothèse, celle selon laquelle, abstraction faite de la centralisation, de la décentralisation ou du maintien du statu quo pour le reste du Canada, le Québec serait désireux d'obtenir son indépendance de toutes façons" (3).

Ruinée par l'hostilité du Québec, la crédibilité constitutionnelle de la Cour Suprême du Canada rendait caduque toute entreprise de légitimation de cet organe juridictionnel comme tribunal suprême dans le fédéralisme canadien.

Cette illégitimité s'explique par ailleurs par une marginalisation croissante du rôle de la Cour Suprême comme arbitre judiciaire fédéral.

Il conviendra, dès lors, de mettre en lumière les causes qui président à cette effritement de l'efficience constitutionnelle de la Cour Suprême du Canada.

(1) Le Devoir, 25 novembre 1976, p. 1.

(2) Le Monde, 19 novembre 1976, p. 6.

(3) BEETZ J. : "Les attitudes changeantes du Québec à l'endroit de la constitution de 1867", op. cit., p. 138.

TITRE II

L'EFFRITEMENT DE L'EFFICIENCE CONSTITUTIONNELLE
DE LA COUR SUPREME DU CANADA

L'effritement de l'efficience constitutionnelle de la Cour Suprême s'enracine à la fois dans une certaine politisation de cette instance arbitrale et dans son inadaptation consécutive à régler les litiges survenant entre les deux ordres de gouvernement.



SOUS - TITRE I

LA POLITISATION DE LA COUR SUPREME

Poser le problème de la politisation de la Cour Suprême c'est se demander si au-delà de sa fonction judiciaire, la Cour ne joue pas un rôle politique déterminé au sein du fédéralisme canadien. A cet égard, c'est une évidence de constater que de par sa situation au carrefour même des conflits surgissant entre le gouvernement fédéral et les provinces fédérées, la Cour s'apparente de fait à un pouvoir politique fondamental. C'est dire qu'en ce qui a trait "(...) au rôle d'arbitre de la Cour Suprême, dans les controverses constitutionnelles entre les provinces et le fédéral, c'est un problème plus politique que juridique" (1). De fait, il s'avère incontestable qu'en matière de litiges constitutionnels, l'arbitrage de la Cour Suprême n'en reste pas seulement à des considérations juridiques. Car c'est justement "(...) dans ces domaines de règlement que les choix faits par les cours ont une importance politique" (2).

Ainsi à la fois politique et juridique, le "(...) rôle héroïque (...)" (3) de la Cour Suprême pouvait être difficilement perçu comme neutre. D'aucuns, en l'espèce, s'interrogent opportunément de savoir "(...) si le procès judiciaire au plus haut niveau de la décision constitutionnelle peut être objectif" (4). Une telle interrogation sur la fonction de la Cour soulevait implicite-

(1) TRUDEL G. : "Le pouvoir judiciaire au Canada", op. cit., p. 239.

(2) FLETCHER M. : "Judicial review and the division of powers in Canada", op. cit., p. 167.

- cf. BROSSARD J. : "(...) le pouvoir judiciaire est forcément appelé, en exerçant le pouvoir de contrôle et en influençant l'évolution du fédéralisme, à jouer un rôle semi-politique", ("La Cour Suprême et la constitution - le forum constitutionnel du Canada", op. cit., p. 254).

- cf. SEYFFERT R.W.J. : "La Cour a le pouvoir de décider que certaines matières relèvent de la compétence législative de chaque ordre de gouvernement. Etant donné un tel pouvoir, il est inévitable que la Cour Suprême assumera un rôle politique et sera constamment embrouillée dans la controverse politique", ("A study of the supreme court of Canada as an institution of constitutional law reform", op. cit., p. 19).

(3) SEYFFERT R.W.J., *ibid.*, p. 39.

(4) ADAMS G. & CAVALLUZZO P. : "The supreme court of Canada : a biographical study", O.H.L.J., 1969-1970, vol. 7, p. 62.

ment la question de son impartialité. Aussi n'est-il pas surprenant que la Province de Québec ait nourri une profonde méfiance à l'endroit de la Cour.

"Au Canada, remarque SEYFFERT, la reconnaissance du rôle politique de la Cour Suprême et peut-être l'utilisation de la Cour Suprême par le gouvernement fédéral comme une arme politique a conduit non seulement le Québec mais aussi d'autres provinces à examiner d'une manière critique la place de la Cour Suprême dans la fédération canadienne" (1).

De fait, comme le souligne le professeur CAIRNS, l'argument de l'impartialité se révèle "(...) éminent dans le débat contemporain sur la Cour Suprême" (2). Toutefois, la fonction politique de la Cour Suprême ne saurait être dissociée de la structure constitutionnelle dans laquelle elle évolue. A cet égard, il convient d'observer qu'un Etat fédéral n'est, en substance, que l'expression juridique d'un équilibre politique déterminé entre des forces centralisatrices et décentralisatrices. Or un tel équilibre implique un nécessaire ajustement de ce dernier sous peine de voir l'ensemble de la structure fédérale se disloquer. Dans ce contexte, c'est aux cours et plus précisément à la Cour Suprême du Canada que revient la responsabilité de mener à bien de tels ajustements qui, de par leur portée, sont lourds de conséquences dans le remodelage des rapports entre les deux ordres de gouvernement.

Dès lors, insérée dans une structure fédérale mouvante, instable, due à l'antagonisme premier entre les vellétés centralisatrices du gouvernement fédéral et le désir d'autonomie de la Province de Québec, la Cour Suprême joue inévitablement un arbitrage politique. Ce dernier tire ainsi sa logique de la politisation même du fédéralisme canadien : "Assez clairement, constate LASKIN, le fédéralisme politique a été pendant de nombreuses années beaucoup plus dominant que le fédéralisme légal dans ce pays" (3).

On réalise, à cet égard, le caractère artificiel du cloisonnement entre les considérations d'ordre juridique et d'ordre politique dans toute jurisprudence constitutionnelle relative à une structure fédérale de ce type. C'est dire que des conflits survenant entre le gouvernement fédéral et une province fédérée débouchent inéluctablement sur le champ politique :

"(...) lorsqu'il y a un conflit positif, note le professeur WHINNEY, entre une loi provinciale ou un acte du gouvernement provincial et

(1) SEYFFERT R.W.J., *ibid.*, p. 18.

(2) CAIRNS A.C. : "The judicial Committee and its critics", *op. cit.*, p. 319.

(3) LASKIN B. : "Reflections on the canadian constitution after the first century", *op. cit.*, p. 396.

Les autorités gouvernementales fédérales, (...) le rôle de la Cour Suprême devient politiquement de loin plus compliqué" (1).

Est-ce à dire qu'une instance judiciaire suprême n'est pas en mesure de faire face à une telle responsabilité ? Pour le professeur LASKIN, la Cour Suprême se doit, au-delà des interprétations critiques de son rôle, d'intervenir et d'arbitrer les litiges constitutionnels inhérents à tout système fédéral :

"C'est un rôle critique (...), déclare l'actuel Juge en chef de la Cour Suprême, que de mettre chaque décision de la Cour Suprême dans ce domaine quelque'il soit dans le moulin politique. Cependant c'est un rôle que la Cour ne peut pas écarter si nous croyons dans l'ordre constitutionnel (...)" (2).

Dans un régime constitutionnel aussi conflictuel que le régime fédéral canadien, la fonction même de la Cour Suprême ne peut dès lors échapper à une profonde politisation. Il serait, en conséquence, vain de vouloir contenir le rôle d'une telle instance judiciaire dans des limites strictement juridiques.

Si d'aucuns sont à souhaiter que l'organe suprême juridictionnel soit "(...) libre autant que possible de la pression politique" (3), d'autres mettent en garde la Cour Suprême du Canada contre le danger de divisions politiques internes et l'invitent, à cet égard, à s'en tenir à une scrupuleuse application de la loi :

"La Cour (...), suggère WHINNEY, devrait s'immuniser elle-même autant que possible des exigences ici et là des politiques partisans en insistant sur l'observation d'une base juridictionnelle stricte avant qu'elle ne statue sur une quelconque cause (...)" (4).

(1) McWHINNEY E. : "Federal supreme courts and constitutional review", op. cit., p. 603.

(2) LASKIN B. : "The role and functions of final appellate courts : the supreme court of Canada", op. cit., p. 479.

(3) BROSSARD J. : "The supreme court and the constitution", op. cit., p. 5.

(4) McWHINNEY E. : "Federal supreme courts and constitutional review", op. cit., p. 603.

Pour d'autres auteurs comme SEYFFERT, il s'avère indiscutable que la nature même du rôle dévolu à la Cour Suprême du Canada est fondamentalement politique. Toutefois, une telle politisation ne devrait pas se fourvoyer dans le champ de luttes stériles mais au contraire déboucher sur une évaluation constitutionnelle du système de gouvernement :

"La Cour, note-t-il, ne devrait pas être un simple forum pour le règlement de disputes privées comme l'est une cour d'appel provinciale, mais plutôt elle devrait être une institution fédérale prenant d'importantes décisions politiques affectant le type de gouvernement sous lequel nous vivons au Canada" (1).

Par ailleurs, parce que "(...) sous notre système constitutionnel commun la Cour Suprême est une branche de l'ordre de gouvernement fédéral plutôt qu'un instrument de la fédération canadienne" (2), la politisation d'une telle instance juridictionnelle s'apparente à une absence de neutralité en tant qu'arbitre fédéral. A cet égard, le caractère politique de la Cour Suprême du Canada s'enracine dans cette perspective dans sa partialité objective en faveur du gouvernement fédéral.

On réalise, dès lors, qu'en étant situé au carrefour d'un rapport de force constitutionnel entre les autorités fédérales et les provinces, la Cour Suprême se trouve implicitement investie d'une fonction politique fondamentale :

"La Cour Suprême du Canada est ainsi aujourd'hui, constate le professeur WHINNEY, une arène politique essentielle ou un champ de bataille avec des bataillons rivaux d'hommes de loi plaidant, respectivement pour le gouvernement fédéral et pour les provinces les grands conflits politiques sociaux et économiques de l'époque" (3).

Nourrie par une structure constitutionnelle donnée, la politisation de la Cour Suprême du Canada n'est, de ce fait, aucunement le produit du hasard mais doit sa consistance autant à des facteurs internes qu'à des facteurs externes.

(1) SEYFFERT R. W. J. : op. cit., p. 39.

(2) RUSSELL P. H. : "The jurisdiction of the supreme court of Canada : present policies and a programme for reform", op. cit., p. 11.

(3) McWHINNEY E. : "Pluralistic federalism in Canada", op. cit., p. 36.

CHAPITRE I : LES FACTEURS INTERNES DE POLITISATION

Les facteurs internes de politisation de la Cour Suprême s'observent au niveau même de la gestation de la décision constitutionnelle. Deux facteurs étroitement liés peuvent s'analyser en la matière. Le premier concerne la situation même du juge au sein de la machine judiciaire. Il s'agit ainsi d'un élément actif, dynamique, dans la mesure où le juge est à même d'orienter la Cour Suprême dans une direction politique donnée. Le deuxième facteur s'attache à l'énonciation même de la décision judiciaire à travers la grille d'une certaine logique juridique. En la circonstance, il y aura lieu d'examiner dans quelle mesure cet élément statique peut dépendre du type d'approche que le juge aura à son endroit.

On note, en conséquence, que le façonnement des juges de la Cour Suprême dans ce qui a trait à leurs préjugés et leurs préférences pèse essentiellement sur le façonnement de la décision judiciaire elle-même.

Il conviendra, à cet égard, d'évaluer le contexte de ce façonnement des juges avant d'en analyser les effets au niveau de la décision prise par le juge.

SECTION I - LE FACONNEMENT DU JUGE DE LA COUR SUPREME

"Le rôle le plus noble des juges de la Cour Suprême, remarque le professeur OUELLETTE, est probablement celui d'interprète de la constitution, mais c'est aussi le plus difficile puisqu'on leur demande de prendre des décisions à caractère législatif et politique avec des moyens judiciaires" (1).

Dans la mesure où l'interprétation de la constitution recouvre une démarche éminemment politique, le juge de la Cour Suprême joue dans sa sphère judiciaire un rôle politique déterminé. De fait, lorsqu'il est demandé au juge de se prononcer sur la validité d'une loi fédérale ou provinciale ou de déterminer l'ordre de gouvernement qui aura compétence pour légiférer dans telle matière essentielle, ce dernier devient détenteur d'un pouvoir politique (2). C'est dire qu'un pouvoir judiciaire de cet ordre à l'instar de toute instance politique est soumis à différentes pressions susceptibles d'infléchir l'attitude du juge de la Cour dans une orientation donnée.

Il conviendra, aussi, de souligner dans quelle mesure le juge de la Cour Suprême a, de par sa formation professionnelle, une approche singulière des problèmes politiques et sociaux. De fait, au-delà de l'apparente neutralité du juge existe tout un faisceau de pressions internes qui politisent son comportement. Par ailleurs, il nous faudra déterminer qu'une telle politisation du juge se trouve canalisée, par le biais de pressions externes, vers une "fédéralisation" potentielle du comportement du juge.

(1) OUELLETTE Y. : "La Cour Suprême du Canada en tant qu'institution politique", op. cit., p. 41.

- cf. COHEN M. : "Les alternatives politiques sous-tendent presque toujours les questions constitutionnelles", ("The judicial process and national policy - a problem for canadian federalism", McGill L.J. 1970, vol. 16, p. 298).

- cf. LASKIN B. : "Là où (la Cour) a estimé opportun de se prononcer sur la politique (...) elle l'a fait avec prudence et généralement lorsqu'elle était poussée par les difficultés qui résident dans l'interprétation et l'application de la législation", ("The role and functions of final appellate courts : the supreme court of Canada", op. cit., p. 480).

(2) LAPOINTE A. : "La jurisprudence constitutionnelle et le temps", op. cit., p. 24.

Paragraphe 1 - La politisation du juge

Une approche mécanique de l'élaboration jurisprudentielle procède d'une vision idéaliste dans la mesure où le juge de la Cour Suprême ne saurait être assimilé à une personne qui appliquerait d'une manière quasi automatique la règle de droit au cas d'espèce (1).

Loin d'être un instrument neutre, le juge intervient par sa personnalité dans la mise en oeuvre des solutions apportées à des problèmes juridiques. De plus, le juge de la Cour Suprême ne se confronte pas à la loi dans un monde abstrait mais au carrefour de différentes pressions qui sont à même d'influencer puissamment sa décision. On réalise, dès lors, que "la personnalité des juges influe de manière décisive sur les décisions auxquelles parvient la Cour Suprême" (2).

Il s'agira d'examiner d'une part les données de cette politisation du comportement du juge et d'autre part d'en mesurer les effets.

A - Les données de la politisation

La fonction judiciaire de la Cour Suprême du Canada se ramène avant tout à la fonction judiciaire de chacun des juges qui la composent. En effet, loin d'être une entité homogène (3), la Cour est d'abord une cohabitation de diverses personnalités juridiques et ne saurait par conséquent "(...) mas-

(1) cf. DAWSON R. MacG. : "Il est, naturellement, vrai que les juges ne peuvent rester complètement indifférents à leur environnement (...), les lois peuvent être rédigées de telle manière que les attitudes que le juge est obligé de prendre (...) sont essentiellement des décisions politiques (...)", ("The government of Canada", op. cit., p. 395).

(2) VIALLE P. : "La Cour Suprême et la représentation politique aux Etats-Unis - nouvel essai sur le gouvernement des juges", Paris, L.G.D.J., 1972, p. 243.

(3) L'hétérogénéité de la Cour Suprême du Canada s'illustre par la pratique des dissidences. En effet, les décisions du tribunal suprême n'ont pas à être unanimes. Chaque juge faisant partie du banc saisi d'un litige a le droit d'exprimer sous forme de notes écrites, ses opinions personnelles majoritaires ou minoritaires.

quer le fait que le jugement est un processus individualisé" (1).

De fait, l'origine sociale des juges de la Cour, leur expérience professionnelle passée, leurs convictions profondes, leurs conceptions du pouvoir judiciaire et du fédéralisme sont autant de facteurs particuliers à chaque juge qui innervent la gestation de la décision constitutionnelle :

"(...) les juges, à l'intérieur des limites que le système leur fixe, doivent sûrement être influencés, marginalement au moins, par leur expérience personnelle et leur conviction profonde" (2).

On réalise, de ce fait, que les motifs juridiques avancés par un juge doivent autant sinon plus à ses convictions sociales et politiques façonnées au cours de sa carrière professionnelle qu'à des considérations doctrinales strictes.

"(...) Naturellement, reconnaît le professeur LEDERMAN, les choix de valeur des juges entreront dans leurs décisions" (3).

Nourrie de préjugés et de préférences personnelles, l'opinion du juge ne peut être ainsi exempte de partialité et malgré toute sa bonne volonté et sa sincérité, le juge considère un litige autant en expert juridique qu'en "être social".

Cette interférence de la personnalité du juge de la Cour avec le contentieux juridique prend une dimension remarquable dans un cadre constitutionnel aussi conflictuel que le fédéralisme canadien. Ceci apparaît pour certains d'autant plus évident qu' "aucun juge n'échappe à l'influence de sa propre conception sur le fondement de notre système fédéral, de ce qui a été

(1) SHULER S. M. : "Realist needless in a positivist haystack : a study of attitudes operative in the decision of supreme court justices", U.T.F.L.R., 1974, vol. 32, p. 1.

cf. *ibid.* : PECK S.R. :

- "The supreme court of Canada 1958-1966 - a search for policy through scalogram analysis", R.B.C. 1967, vol. 45, p. 666.

- "A behavioural approach to the judicial process : scalogram analysis", O.H.L.J. 1967, vol. 5, p. 666.

Ces deux auteurs font partie de l'école behaviouriste dont le but est d'expliquer le comportement judiciaire en analysant la personnalité des juges, leur milieu, leur orientation politique et leurs attitudes idéologiques.

(2) VIALLE P. : *op. cit.*, p. 234.

(3) LEDERMAN W.R. : "Unity and diversity in canadian federalism : ideals and methods of moderation", *op. cit.*, p. 619.

appelé sa "constitution idéale" " (1). Le juge de la Cour Suprême du Canada ne peut ignorer qu'au-delà de l'ambiguïté des dispositions constitutionnelles de l'A.A.N.B. de 1867 se découvre une opposition radicale des deux peuples fondateurs de la fédération canadienne et qui en révèle toute sa fragilité. Dans un tel contexte où le flou juridique cache difficilement les antagonismes politiques, le juge sera enclin facilement à prendre inconsciemment fait et cause pour l'une des deux parties :

"Il est donc très possible, note DURAND, que, même inconsciemment et malgré un effort réel d'objectivité, il soit influencé, du moins assez souvent, par ses préférences ou ses préventions quand il s'agira d'interpréter un texte peu précis" (2).

C'est ainsi que le juge de la Cour Suprême est amené au fil de son expérience personnelle à se faire une opinion propre de sa vision du fédéralisme canadien. Dès lors, face à un texte constitutionnel vague, le juge sera fortement enclin à appliquer sa propre conception du fédéralisme en traduisant en des termes juridiques ses options politiques :

"Je ne peux me ranger à l'avis, estimait le juge RAND, que, dans notre régime fédéral, un pouvoir absolu de cette sorte appartienne à l'un quelconque des corps législatifs. (...) Il faut lire et interpréter les paragraphes des articles 91 et 92 en corrélation et compte tenu de l'ensemble de la loi? Vu sous cet angle, leur contenu est un tissu de limites, de restrictions et de modifications à la portée des textes législatifs dans le cadre d'un ensemble de pouvoirs liés les uns aux autres et en interaction constante" (3).

Il est aisé de constater qu'en l'espèce l'opinion du juge RAND s'appuie beaucoup plus sur des convictions personnelles que sur des principes constitutionnels neutres. C'est dire combien le processus même de décision judiciaire est modelé par les jugements de valeur de chacun des juges de la Cour Suprême. Parce qu'il est avant tout un "(...) acteur politique (...)" (4),

(1) MacDONALD V.C. : "Legislative power and the supreme court in the fifties", op. cit., p. 10.

(2) DURAND C. : "Confédération d'Etats et Etat fédéral", op. cit., p. 126-127.

cf. MILLER A.S. & HOWELL F.R. : "L'adhésion à des principes neutres, dans le sens de principes qui ne réfèrent pas à des choix de valeur, est impossible dans le processus du jugement constitutionnel", ("The myth of neutrality in constitutional adjudication", U.C.L.R. 1959-1960, vol. 27, p. 664).

(3) Switzman v. Elbling (1957) R.C.S. 285.

(4) ADAMS G. & CAVALLUZZO P.J. : "The supreme court of Canada : a biographical study", op. cit., p. 62.

le juge de la Cour Suprême joue un rôle qui n'est point neutre mais profondément individualisé par la personnalité de ce dernier.

B - Les effets de la politisation

Les effets de la politisation du comportement du juge de la Cour Suprême du Canada se situent à deux niveaux. Le premier a trait à l'influence que pourra exercer la personnalité d'un juge sur les opinions des autres juges de la Cour. Il s'agira, à cet égard, de se demander si la force et l'originalité de jugement d'un membre de la Cour peut jouer le rôle d'entraînement vis-à-vis de l'ensemble du tribunal. Le deuxième niveau concerne la relativisation de la décision judiciaire. Il conviendra, à ce sujet, de montrer que la décision du juge s'avère bien plus le produit d'un contexte historique donné que d'un arbitrage juridique serein.

1 - Le rôle d'entraînement du juge

L'orientation jurisprudentielle de la Cour Suprême du Canada depuis 1949 dans certains domaines de répartition des compétences doit beaucoup à la personnalité de quelques-uns de ses juges. De fait, des "changements dans le personnel de la Cour eurent indubitablement une portée importante sur les changements de direction" (1). C'est dire combien l'influence doctrinale d'un juge est à même de modeler l'attitude des autres membres de la Cour. Un tel impact peut se révéler total dans la mesure où il se cristallise autour d'un leadership incontesté qui entraîne dès lors derrière lui l'ensemble de la Cour. Mais le tribunal suprême peut, par ailleurs, être l'enjeu d'influences majeures antagonistes provenant de personnalités différentes. Le domaine des libertés fondamentales est un exemple particulièrement significatif de ces deux types d'influences.

Ainsi dans les années 1950, l'attitude audacieuse du juge RAND en ce domaine amena la Cour Suprême du Canada à adopter une jurisprudence novatrice en matière de libertés fondamentales. Parce qu'il avait la conviction que "(...) la liberté de parole et de religion et l'inviolabilité de la personne sont des libertés primordiales qui constituent les attributs essentiels de l'être humain (...)" (2), le juge RAND réussit à rallier la majorité de la Cour Suprême à cette conception libérale des libertés fondamentales.

(1) GIBSON D. : "And one step backward : the supreme court and constitutional law in the sixties", op. cit., p. 632.

(2) Saumur v. La Cité de Québec (1953) R.C.S. 299.

Pour nombre d'auteurs, l'empreinte "doctrinale" du juge RAND sur l'évolution jurisprudentielle de la Cour Suprême s'est avérée profonde. Un auteur comme GIBSON considère, à cet égard, que ce dernier a véritablement "(...) incarné l'esprit de la Cour des années 1950, au moins sur les questions relatives aux libertés fondamentales" (1). D'autres observateurs comme POLLOCK soulignent justement la force du "style Rand" "(...) qui a laissé une impression indélébile sur la jurisprudence canadienne, le public canadien et en fin de compte sur la Cour Suprême du Canada" (2).

On mesure, dès lors, l'impact qu'a pu avoir la pensée d'un tel juge sur l'opinion de ses pairs. Cette cristallisation autour de ce dernier fut d'autant plus révélatrice qu'avec son départ, la Cour Suprême procéda à un mouvement de retrait en matière de libertés publiques. De fait, la retraite du juge RAND ponctuait d'une manière significative la fin d'une période faste de la jurisprudence de la Cour Suprême dans le domaine des libertés fondamentales.

Incontestée, l'influence jurisprudentielle du juge RAND, par son caractère hégémonique, avait contribué à unifier l'ensemble des membres de la Cour sur une vision progressiste de la place à accorder aux libertés publiques dans le droit canadien.

L'antagonisme des influences des juges PIGEON et LASKIN est de nature, en revanche, à faire éclater une telle unité. C'est essentiellement sur l'interprétation à donner à la Déclaration canadienne des droits de 1960 que s'opposent les deux juges. Tandis que le juge PIGEON n'accordait à cette déclaration aucune valeur constitutionnelle, le juge en chef LASKIN l'assimile à un document quasi-constitutionnel.

Une telle divergence fondamentale de points de vue ne pouvait être que génératrice d'influences jurisprudentielles contradictoires. À cet égard, les péripéties judiciaires des affaires Drybones et Lavell témoignent à l'évidence d'un certain flottement de l'attitude de la Cour Suprême sur la question. De fait, une telle incohérence jurisprudentielle du tribunal suprême canadien illustre un conflit majeur entre ces deux influences de nature à provoquer un net clivage au sein de la Cour Suprême.

(1) GIBSON D. : "And one step backward : the supreme court and constitutional law in the sixties", op. cit., p. 632. Le juge RAND a siégé au banc de la Cour Suprême de 1943 à 1959.

(2) POLLOCK E. M. : "Mr Justice Rand : a triumph of principle", op. cit., p. 526.

A travers ce double type d'influences, on observe ainsi que la Cour Suprême du Canada, loin d'être une entité judiciaire monolithique, demeure une institution traversée par des courants doctrinaux puissants. Dès lors, il est aisé de remarquer que la Cour Suprême, n'étant pas à même de constituer un tout juridictionnel unifié, risque, dans un litige délicat, de se voir manipulée par l'ascendance d'une personnalité judiciaire de la Cour qui, au-delà de ses arguments juridiques, imposerait aussi une certaine conviction politique.

2 - La relativisation de la décision judiciaire

La relativisation de la décision judiciaire met en lumière son fondement historique et par conséquent politique. A cet égard, la politisation de la décision constitutionnelle est liée intimement à l'approche opérée par le juge vis-à-vis de la loi.

Ainsi, lorsqu'un juge de la Cour Suprême se trouve devant un texte de loi dont il a à se prononcer sur la validité, il a tendance beaucoup plus à prendre en considération le but et les effets d'un tel texte que ce dernier lui-même. C'est dire combien le critère d'opportunité prend le pas sur le critère de légalité. De fait, dans la mesure où le juge intègre dans son appréciation de la validité d'une loi la valeur de celle-ci, il est amené à échafauder une construction juridique en fonction du résultat qu'il recherche. Le processus d'invalidation ou de validation d'un texte de loi participera dès lors du degré de sélection voulu sur le contexte de la loi ou sur la loi elle-même :

"Tantôt, relève le professeur OUELLETTE, il devra se livrer à de laborieuses distinctions pour écarter un précédent gênant, tantôt il ne verra dans la loi que ce qu'il veut bien voir (...)" (1)

Dès lors, le cheminement de la décision judiciaire est sujet à des acrobaties judiciaires peu compatibles avec la logique juridique. L'exemple type de cet opportunisme jurisprudentiel s'illustre dans la fameuse loi du cadenas.

(1) OUELLETTE H. : "Les frères ennemis : la théorie de la qualification face à la législation déguisée - une introduction à la jurisprudence politique", op. cit., p. 70.

cf. REYNOLDS N.B. : "(...) Les juges sont pour une large part les victimes de leurs préjugés et de leurs croyances personnelles lorsqu'ils prennent des décisions cruciales", ("The concept of objectivity in judicial reasoning", W.O.L.R. 1975, vol. 14, p. 1-2).

En 1920, le gouvernement provincial du Québec voulut interdire l'utilisation des immeubles à des fins immorales. Toutefois, ne pouvant, de par l'article 91 de l'A.A.N.B., légiférer en matière criminelle, il recourut à sa compétence législative relative à la propriété et aux droits civils dans le but de lutter contre la progression du crime. Ce fut l'adoption d'une loi intitulée "Loi concernant les propriétaires de maisons employées comme maison de désordre" (1).

Par les dispositions de cette loi, était déclaré illégal pour quiconque possédant ou occupant une maison de l'utiliser ou d'en permettre l'utilisation comme source de désordre. Ainsi, dans l'hypothèse où le propriétaire se serait rendu coupable d'un acte criminel et où un tel immeuble continuerait à servir à ces fins, la Cour pouvait en ordonner la fermeture.

Attaquée, cette loi fut jugée valide par la Cour Suprême dans l'arrêt *Bédard v. Dawson* (2). Au motif de sa décision, la juridiction suprême estima qu'en la matière la législation incriminée avait trait à l'usage et à la possession d'immeubles et non au droit criminel.

En 1937, la Province de Québec adoptait une loi du même ordre. En l'espèce, la technique utilisée avait pour objet de combattre la propagande communiste (3). Contestée dès 1939 (4), cette loi fut déclarée valide par la Cour Suprême qui allégua qu'une telle cause ne se différenciait pas de celle de *Bédard*. La loi, en l'espèce, estima la Cour, ne visait pas à la lutte contre le crime mais se limitait à l'usage et à la possession des immeubles.

Toutefois quelque vingt ans plus tard, cette loi fut invalidée par la Cour Suprême dans l'arrêt *Switzman v. Elbling* (5). Un revirement jurisprudentiel de cette nature ne pouvait que surprendre. Le juge TASCHEREAU, dissident, considérait à cet égard qu'entre les affaires *Bédard* et *Switzman* il y avait "(...) beaucoup de similitude" (6) et demeurait "convaincu que le domaine du droit criminel, exclusivement de la compétence fédérale, n'a pas été envahi par la législation en question (...) " (7). Pour sa part, le juge en

(1) 10 Geo. V, S. Qué. 1920, ch. 81.

(2) *Bédard v. Dawson* (1923) R.C.S. 681.

(3) Loi concernant la propagande communiste, 1 Geo. VI, S. Qué. 1937, ch. 11.

(4) *Fineberg v. Taub* (1939) 77 C.S., 233 ; (1940) 1.D.L.R. 114.

(5) *Switzman v. Elbling* (1957) R.C.S. 285.

(6) *Ibid.*, p. 295.

(7) *Ibid.*, p. 299.

chef KERWIN désavouait la décision du juge en chef GREENSHIELDS en s'attachant à associer les deux causes :

"Il y a lieu de dire clairement que la décision de cette Cour dans l'affaire Bédard (...) porte sur une toute autre question . (...) La loi à l'étude en l'espèce a pour véritable objet d'empêcher la propagation du communisme dans la province et de punir quiconque s'y livre (...). L'arrêt Bédard traite du contrôle et de la jouissance de biens" (1).

Au-delà de l'apparente distinction des deux litiges, ce reniement jurisprudentiel de la Cour Suprême ne se conçoit qu'au regard d'une certaine évolution de la perception des juges en ce qui concernait les libertés fondamentales. Ce qui en 1923 pouvait être perçu comme étant normal par l'opinion publique comme par la Cour ne l'était plus en 1957 dans la mesure où une profonde sensibilisation aux questions de libertés se développe au début des années 1950. De fait, si dans l'arrêt Bédard, la Cour en reste à une interprétation littérale de la loi sans chercher à analyser les effets potentiels de ses dispositions, dans l'arrêt Switzman, en revanche, la majorité des juges s'appuient sur le critère de l'objet de la loi incriminée pour la déclarer invalide.

C'est donc sous la pression d'une évolution sociale et politique que les juges ont qualifié la loi du cadenas d'invalidité parce qu'elle mettait en jeu la liberté d'expression. L'on assiste, dès lors, entre les deux arrêts, à un renversement total de la démarche analytique de la Cour Suprême. Dans l'arrêt Bédard, en effet, la Cour posait d'abord le respect du partage des compétences pour conclure ensuite à l'invalidité alors que dans l'arrêt Switzman, les juges posent en premier lieu le principe de l'invalidation de la loi et élaborent ensuite une argumentation juridique de nature à étayer cet a priori prémédité.

La maturation d'une décision constitutionnelle de la Cour Suprême ne participe pas, ainsi, d'une logique juridique immuable mais se trouve relativisée par des considérations politiques qui déterminent en définitive l'opinion du juge.

Si la politisation du juge siégeant dans une instance juridictionnelle à l'instar de la Cour Suprême s'avère un élément fondamental de l'activité judiciaire, la "fédéralisation" du comportement du juge demeure une donnée particulière de la situation du juge de la Cour Suprême du Canada.

(1) Ibid., p. 288.

Paragraphe 2 - La "fédéralisation" du comportement du juge

La méfiance des autorités québécoises à l'égard de la Cour Suprême se nourrit principalement de la dénonciation d'un certain conditionnement exercé par le gouvernement fédéral sur le comportement du juge de la Cour. Cette fédéralisation du plus haut tribunal canadien n'est pas sans susciter de vives inquiétudes parmi les juristes québécois et cela d'autant plus qu'au-delà de l'indépendance et de l'impartialité théoriques de ses membres, la Cour Suprême reste une créature du gouvernement fédéral.

Deux facteurs sont à même de justifier la légitimité de cette suspicion. Il s'agit d'une part de situer l'incidence de l'environnement sur la personnalité du juge et d'autre part l'incidence du gouvernement fédéral sur ce juge.

A - L'incidence de l'environnement

Le façonnement du comportement d'un juge dans ses préférences comme dans ses préjugés est conditionné d'une manière évidente par le milieu dans lequel il est plongé. S'il n'existe pas d'environnement véritablement neutre, il y a lieu cependant d'établir une certaine gradation entre un environnement foncièrement partial et un environnement relativement impartial. A cet égard, l'important ne réside non pas tant dans le contenu d'une telle qualification que dans la perception ressentie par les parties intéressées. De fait, la nature de la perception de l'environnement déterminera dans une large mesure la crédibilité de l'instance juridictionnelle. La Cour Suprême, ainsi, sera d'autant plus respectée que le milieu dans lequel évolueront ses juges sera perçu comme étant à dominante impartiale.

Le contexte particulier qui entourait le juge du Comité Judiciaire du Conseil Privé nous permettra de mesurer la place significative de l'environnement dans la formation du comportement du juge de la Cour Suprême.

Il conviendra, à ce sujet, d'analyser dans quelle mesure d'une part l'impartialité de l'environnement du Conseil Privé a contribué à rendre son autorité incontestée et d'autre part la partialité de l'environnement de la Cour Suprême mine sa prétention d'être un arbitre au-dessus des parties.

1 - L'impartialité de l'environnement du Conseil Privé

La crédibilité constitutionnelle du Conseil Privé n'a jamais été due au hasard. En effet, si le tribunal londonien a su s'imposer sur la scène juridictionnelle canadienne, cela tenait essentiellement à la perception qu'avaient les provinces de la Confédération de la relative neutralité du milieu dans lequel il était enraciné. De fait, parce que le Conseil Privé se trouvait objectivement désimpliqué par rapport au théâtre même du litige à trancher, il avait conquis la confiance des provinces fédérées :

"L'attitude legaliste et certaines décisions décentralisatrices du Conseil Privé, souligne le professeur OUELLETTE, peuvent d'ailleurs s'expliquer dans une certaine mesure par le fait que les juges de Londres, par leur éloignement géographiques (...) (étaient) peut-être des juges plus impartiaux que les juges canadiens" (1).

Aussi l'impartialité des juges du Conseil Privé était exempte de toute suspicion parce que ces derniers échappaient aussi bien à l'influence des autorités fédérales que provinciales :

"Les membres du Comité, indépendants totalement du gouvernement central et aussi des gouvernements provinciaux avaient donc l'avantage d'être à l'écart du milieu canadien et de n'être sujets à aucune pression sociale, économique ou politique" (2).

La force du Conseil Privé passait, dès lors, par l'indépendance d'esprit de ses membres. A cet égard, l'oeuvre jurisprudentielle du Conseil Privé traduit une grande fermeté de jugement en matière de répartition de compétences entre les deux ordres de gouvernement. N'ayant pu, en la matière, ramener le Conseil Privé à des vues plus conformes aux siennes, le gouvernement fédéral canadien s'attacha à le neutraliser. En se faisant évincer en 1949 de son statut de tribunal suprême du Dominion canadien, le Comité Judiciaire du Conseil Privé payait le prix de son impartialité.

(1) OUELLETTE Y. : "Les frères ennemis : la théorie de la qualification face à la législation déguisée - une introduction à la jurisprudence politique", op. cit., p. 66.

(2) TREMBLAY A. : "Les techniques d'interprétation des constitutions", op. cit., p. 53.

2 - La partialité de l'environnement de la Cour Suprême

L'inaccessibilité du Conseil Privé aux pressions fédérales avait servi de leçon. De fait, les autorités d'Ottawa s'efforcèrent de préserver les dispositions juridiques établies en 1875 qui aménagent un environnement de la Cour favorable au gouvernement fédéral.

Aussi la loi sur la Cour Suprême institutionnalise-t-elle une certaine forme de pression du milieu fédéral sur la Cour puisqu'elle impose à ses juges de résider à Ottawa, capitale fédérale du Canada, ou dans un rayon de cinq milles (1). Par une telle obligation, le juge de la Cour Suprême se trouve continuellement immergé dans un environnement hautement "fédéralisé" ce qui n'est pas de nature à lui permettre d'assumer sa tâche dans une ambiance sereine. En effet, amené souvent à fréquenter diverses personnalités des milieux fédéraux, le juge pourra difficilement prendre le recul suffisant lorsque le moment venu il devra se prononcer sur le bien fondé de l'argumentation du gouvernement fédéral dans un litige l'opposant à une province.

C'est dire que le "climat assez particulier d'Ottawa" (2) risque de conditionner les membres de la Cour Suprême dans une optique sensiblement pro-fédérale. Pour les juristes québécois, une telle menace apparaît d'autant plus fondée que "la capitale fédérale est loin d'être le refuge des décentralisateurs" (3). Il est à craindre, à cet égard, que noyé dans un milieu anglophone fédéral, le juge de la Cour Suprême éprouve des difficultés à saisir dans un conflit constitutionnel donné, les arguments avancés par la Province de Québec.

Sans vouloir mettre en cause la sincérité de jugement des membres de la Cour Suprême, il n'est cependant pas douteux que l'ancrage géographique du juge dans la "mouvance fédérale" influe peu ou prou sur le choix de décision de ce dernier. S'il paraît excessif de parler de manipulation du juge de la Cour par les autorités fédérales, il n'en demeure pas moins que la cohabitation étroite du tribunal suprême canadien avec les autorités fédérales n'est pas de nature à consolider l'idée d'un comportement impartial du juge de la Cour (4).

(1) Loi sur la Cour Suprême, S.R.C. 1952, ch. 259, article 8 : "Les juges résident dans la ville d'Ottawa ou dans un rayon de cinq milles de cette ville".

(2) OUELLETTE Y. : "La Cour Suprême du Canada en tant qu'institution politique", op. cit., p. 43.

(3) PATENAUDE P. : "Le Québec et la Cour Suprême", op. cit., p. 140.

(4) L'immeuble de la Cour Suprême sis sur Wellington street à Ottawa, se situe à proximité de la résidence du Premier ministre fédéral... troublant hasard.

B - L'ombre du gouvernement fédéral sur le juge

Etroitement lié au facteur de l'environnement, l'incidence du gouvernement fédéral vis-à-vis du comportement du juge constitue le second volet de la politique de "fédéralisation" de la Cour Suprême du Canada.

En effet, de par son pouvoir discrétionnaire de nomination, le gouvernement fédéral dispose d'un levier particulièrement efficace pour influencer la Cour Suprême dans un sens qui lui soit favorable. De fait, Ottawa sera beaucoup plus enclin à privilégier dans son choix des personnalités qui se seront distinguées par leurs convictions pro-fédérales. En nommant ainsi des juges acquis d'une manière générale à sa cause propre, le gouvernement fédéral sera, dès lors, tenté de faire de la Cour Suprême une arme centralisatrice. Il est à remarquer à ce sujet que le juge ABBOTT à la Cour Suprême était ministre du gouvernement fédéral avant sa nomination (1).

En corrélation avec le comportement du juge, les conditions qui président au façonnement de la décision constitutionnelle contribuent à la politisation de la Cour Suprême.

(1) cf. ADAMS G. & CAVALLUZZO P.J. : "The supreme court of Canada : a biographical study", op. cit., p. 69.

SECTION II - LE FAÇONNEMENT DE LA DECISION PAR LE JUGE

Le façonnement d'une décision constitutionnelle ne participe pas seulement de l'analyse stricte de l'enjeu du litige à trancher mais doit aussi à la démarche interprétatrice choisie par le juge de la Cour Suprême. C'est, en la circonstance, poser le problème du fondement et du contenu de l'interprétation judiciaire. Parce que le régime constitutionnel canadien s'inscrit dans le cadre d'une fédération, l'interprétation judiciaire de la constitution canadienne recouvre une importance de premier ordre :

"Le rôle joué par les tribunaux dans l'évolution constitutionnelle canadienne s'est en fait avéré d'autant plus considérable que le partage des pouvoirs entre l'Etat fédéral et les Etats provinciaux est de l'essence même du fédéralisme" (1).

On mesure, par conséquent, que dans le système fédéral canadien, le juge occupe une place de premier plan. De fait, notent certains, "dans notre régime politique canadien, à caractère à la fois parlementaire britannique et fédératif, le juge jouit d'un grand prestige (et) son pouvoir est remarquable" (2). C'est dire combien les membres du plus haut tribunal canadien sont directement impliqués dans l'émergence comme dans l'évolution du droit constitutionnel canadien.

Ce rôle s'avère d'autant plus crucial que le juge de la Cour Suprême ne dispose d'aucun critère précis d'interprétation explicitement formulé dans le texte de la constitution. De fait, l'A.A.N.B. de 1867 demeure "(...) sur la question, fort silencieuse" (3). Cette omission n'est pas fortuite dans la mesure où les Pères de la Confédération, en ne mentionnant pas les attributions du pouvoir judiciaire, entendaient clairement s'en dispenser.

Dès lors, l'attitude du juge de la Cour Suprême en matière d'interprétation n'était pas facilitée par des dispositions constitutionnelles rédigées en termes vagues. De fait, la constitution de 1867 n'apporte aucune réponse à la question de savoir si le juge doit contribuer à la création du droit ou simplement se contenter de l'appliquer. Doit-il, en d'autres termes, poursuivre une politique de "judicial restraint" ou au contraire déployer un activisme judiciaire conséquent ? C'est en définitive mettre en lumière, à travers

(1) BROSSARD J. : "La Cour Suprême et la constitution - le forum constitutionnel du Canada", op. cit., p. 169.

(2) BEAUDOIN G.A. : "Le système judiciaire canadien", op. cit., p. 103.

(3) TREMBLAY A. : "Les techniques d'interprétation des constitutions", op. cit., p. 50.

cette alternative, le contenu et les limites du rôle du pouvoir judiciaire dans l'évolution même du droit.

La doctrine se divise, à cet égard, sur le type d'interprétation que devrait avoir la Cour Suprême vis-à-vis de la constitution canadienne. Dans l'esprit de certains, le style de rédaction de l'A.A.N.B. de 1867 entraînerait logiquement une interprétation exégétique et littérale qui, selon le professeur BEETZ, était "(...) la seule à laquelle croyaient probablement les juristes victoriens (...)" (1). D'autres, à l'instar du professeur LEDERMAN, considèrent que le texte de la constitution canadienne, de par son caractère général, se prête à une interprétation activiste de la Cour Suprême :

"Les catégories de pouvoir fédéral et provincial sont exprimées (...) en termes tout à fait généraux. Cela permet une flexibilité considérable dans l'interprétation constitutionnelle (...)" (2).

Il conviendra, dès à présent, de montrer dans quelle mesure la dimension du judiciaire restraint ou positiviste comme la dimension activiste de l'interprétation judiciaire procèdent, au-delà de leurs divergences, d'une même approche politique dans le façonnement de la décision.

Paragraphe 1 - La dimension positiviste de l'interprétation judiciaire

Toute démarche interprétative ne se choisit pas parce qu'elle est dictée avant tout par le contexte socio-politique. Aussi, il s'agira dans un premier temps de cerner la portée de la démarche positiviste en matière d'interprétation judiciaire et dans un second temps d'en montrer l'impact sur la jurisprudence de la Cour Suprême du Canada.

A - La philosophie du positivisme judiciaire

Le positivisme judiciaire s'enracine dans l'idée selon laquelle le juge doit ne pas prendre en considération les aspects politiques et sociaux du litige à résoudre et rendre ses décisions en conformité aux règles de la technique de l'interprétation statutaire. Une telle optique privilégie par conséquent

(1) BEETZ J. : "Les attitudes changeantes du Québec à l'endroit de la constitution de 1867", op. cit., p. 117.

(2) LEDERMAN W.R. : "The concurrent operation of federal and provincial laws in Canada", McGill L.J., 1963, vol. 9, p. 185.

une interprétation littérale qui se donne pour finalité d' "(...) interpréter la loi telle que rédigée non à la modifier" (1). On réalise ainsi que l'attitude du "judicial restraint" recouvre un aspect strictement legaliste; En effet, le juge, en la circonstance, aura la propension à s'enfermer dans une réflexion "(...) très abstraite et à se centrer sur les subtilités de l'interprétation légale et la signification du précédent plutôt que sur les conséquences politiques" (2).

L'interprétation positiviste procède d'une démarche particulière du juge qui se traduit dans une orientation jurisprudentielle donnée.

1 - La démarche du juge

Certains auteurs ont assimilé, non sans justesse, le juge positiviste à "(...) un "découvreur" du droit (...)" (3). Ainsi sa démarche est axée sur la recherche de la règle juridique la plus adaptée à la résolution du litige qu'il doit trancher. Le droit est, dès lors, ramené à tout un arsenal d'outils juridiques opératoires susceptibles d'apporter au juge une solution à un conflit. Il ne saurait être question, dans une telle perspective, de remettre en cause le fondement de la règle juridique, de la modeler ou de la transformer en fonction d'une situation précise. L'interprétation positiviste se nourrit, au contraire, d'une vision statique de la démarche du juge. Ce dernier accepte la règle de droit comme une entité immuable qu'il a la charge stricte d'appliquer.

Le juge doit donc veiller à ne pas se départir d'une attitude neutre vis-à-vis du droit dont il est en quelque sorte l'humble serviteur. L'idéologie positiviste en matière d'interprétation judiciaire fait de cette fonction désimpliquée du juge la pierre de touche de la démarche interprétative dans la mesure où elle permet de préserver le prestige attaché à l'autorité judiciaire. Le professeur WHINNEY souligne à cet égard que la Cour Suprême est une institution non élue et qui, dès lors, ne peut se prévaloir d'un mandat populaire pour prendre parti sur telle question. Aussi, "(...) le prestige et la réputation publique de ses membres dépendent, dans une certaine mesure, de leur non-engagement politique (...)" (4).

(1) JOLLIYER M. : "L'avenir constitutionnel du Canada", op. cit., p. 16.

(2) FONTS D.E. : "Policy-making in the supreme court of Canada 1950-1960", op. cit., p. 261-262.

(3) FONTS D.E., ibid., p. 260-261.

(4) McWHINNEY E. : "Judicial review in the English-speaking world", op. cit., p. 214.

L'interprétation positiviste sous-tend aussi nécessairement que le juge doit d'abord être un expert du droit. Seule une telle fonction est à même de lui assurer le prestige d'asseoir une légitimité indispensable au respect de ses décisions. Cette légitimité participe, dans l'opinion publique, de l'idée selon laquelle le juge de la Cour reste un technicien en droit, indépendant des pressions partisans et n'ayant pour unique but que le triomphe de la règle juridique. En abandonnant un tel statut neutre, le juge risque par la même occasion de perdre aux yeux de l'opinion publique la légitimité nécessaire pour imposer son autorité. Perdre sa légitimité équivaut pour le juge de la Cour Suprême à perdre son pouvoir car "si ses décisions sont sans légitimité alors elles sont rendues inefficaces" (1).

Une telle démarche n'est pas sans retentissement au niveau de sa traduction jurisprudentielle.

2 - La traduction jurisprudentielle

En se refusant d'intégrer dans le processus de décision des facteurs socio-politiques, le juge exerce une fonction qui se limite à "(...) l'application mécanique des règles de droit établies" (2). En effet, l'interprétation positiviste du juge induit une analyse jurisprudentielle littérale, voire grammaticale, s'appuyant essentiellement sur les termes de la loi. Une telle interprétation "(...) s'en tenant aux mots" (3) du texte juridique n'est compréhensible qu'à la lumière de l'observation par le juge d'une attitude strictement juridictionnelle centrée sur un examen minutieux des faits.

On conçoit, dès lors, que de nombreux auteurs doctrinaux se soient élevés avec force contre la création d'une jurisprudence voulue dans une telle optique. Ainsi, pour HALL, l'approche jurisprudentielle du positivisme conduit irrémédiablement au "(...) formalisme, (...) à une jurisprudence mécanique" (4). De fait, la jurisprudence nourrie à l'école du positivisme judiciaire se ramène à une transposition pure et simple de la théorie juridique dans la réalité constitutionnelle. On aboutit ainsi à une élaboration jurisprudentielle rigide, fermée sur elle-même. Produit de l'automatisme du juge, la jurisprudence positiviste débouche dès lors sur une vision figée de la réalité constitutionnelle.

(1) CAVALLUZZO P. J. : "Judicial review and the Bill of Rights : Drybones and its aftermath", op. cit., p. 530.

(2) SEYFFERT R. W. J. : "A study of the supreme court of Canada as an institution of constitutional law reform", op. cit., p. 29.

(3) KELSEN : "The law of the United Nations", 1951, p. 13.

(4) HALL E. M. : "Law reform and the judiciary's role", op. cit., p. 83.

Il conviendra, à présent, de mesurer l'influence du discours positiviste sur la jurisprudence de la Cour Suprême du Canada.

B - L'influence du discours positiviste sur la Cour Suprême
du Canada

L'influence de l'interprétation positiviste dans l'analyse des textes constitutionnels canadiens s'est révélée incontestable. Diverses causes peuvent expliquer la prédominance de cette approche interprétative dans la réalité juridictionnelle du Canada.

Des facteurs d'ordre historique sont avancés par certains pour justifier cette prégnance positiviste. Ainsi SEYFFERT fait-il allusion à l'incidence de la formation juridique britannique :

"Peut-être, à cause de l'influence dominante du case law et de la pensée juridique anglaise durant presque toute l'histoire constitutionnelle du Canada, la philosophie formelle du judicial restraint a prévalu" (1).

Corrélativement à cet apport anglais, des éléments de nature psychologique sont à même de rendre compte de cet état. En effet, au regard d'un texte constitutionnel rédigé d'une manière globalement floue, il y a lieu de penser que les juges de la Cour Suprême se soient abstenus, au nom de la neutralité judiciaire, d'aller au-delà d'une simple interprétation littérale de l'A.A.N.B. de 1867. De fait, comme le souligne un ancien membre de la Cour Suprême, il existe à cet égard un traditionalisme juridique profondément enraciné dans le corps judiciaire canadien :

"C'est une vue largement acceptée par la magistrature et le barreau (...) que le juge ne doit pas, en élaborant sa décision, prendre en considération des questions politiques et sociales (...)" (2).

Il n'y a, dès lors, pas lieu de s'étonner que les juges de la Cour Suprême aient pu être séduits par une telle attitude. Par là même, ils rejoignent les rangs majoritaires de ceux qui entendent cantonner le tribunal suprême canadien dans un champ strictement juridique :

"Une large partie de notre establishment juridique, note le professeur WEILER, préfère certainement une Cour qui est non-politique, dépassionnée et au-dessus des batailles dans la société

(1) SEYFFERT R.W.J. : op. cit., p. 29.

(2) HALL E.M. : "Law reform and the judiciary's role", op. cit., p. 81.

canadienne" (1).

Cet état d'esprit ne pouvait pas ne pas avoir d'effet sur la formation d'une tradition positiviste au sein de la Cour Suprême du Canada.

1 - La tradition positiviste de la Cour Suprême

L'on observe au sein de la doctrine juridique canadienne un accord unanime à discerner une influence du positivisme judiciaire dans la jurisprudence de la Cour Suprême. De fait, il ne fait nul doute dans l'esprit de beaucoup que les juges du plus haut tribunal canadien sont "(...) demeurés des techniciens du droit beaucoup plus que des juristes créateurs" (2). Cette constatation s'appuie sur une analyse de la jurisprudence de la Cour ralliée à une approche interprétative trop littérale de l'A.A.N.B. de 1867 (3).

Ainsi, pour le professeur LEDERMAN, les juges canadiens contribuent à l'émergence d'une oeuvre jurisprudentielle appauvrie parce qu'ils sont restés "trop littéraux et grammaticaux dans leur interprétation de la constitution (...)" (4). Cette remarque est partagée par le professeur TREMBLAY qui note une attitude semblable : "(...) le pouvoir judiciaire a interprété grammaticalement la constitution canadienne" (5).

(1) WEILER P.C. : "In the last resort - a critical study of the supreme court of Canada", op. cit., p. 3.

(2) BRUN H. & TREMBLAY G. : "Droit Public Fondamental", op. cit., p.282.

(3) Le juge PIGEON incarne, à cet égard, parfaitement le type du juge converti au positivisme judiciaire : "Tout le monde sait, j'en suis sûr, que je crois à l'interprétation littérale", ("The supreme court and the division of powers : commentary", A.L.R. 1976, vol. 14, p. 56). L'honorable juge déclarait par ailleurs à ce sujet : "Tout compte fait, j'estime donc que la règle fondamentale d'interprétation doit rester la recherche de l'intention législative par l'étude du sens des mots dont le législateur s'est servi, sans s'en écarter autrement qu'il est nécessaire et sans aller au-delà de ce qu'exige la solution du litige dont le tribunal est saisi", ("La rédaction et l'interprétation des lois : au Canada, droit civil", Travaux du neuvième colloque international de droit comparé - Editions de l'Université d'Ottawa, 1972, p. 93). cf. du même auteur : "Cours de droit constitutionnel", Université de Montréal, 1963, p. 16.

(4) LEDERMAN W.R. : "Thoughts on reform of the supreme court of Canada", op. cit., p. 4.

(5) TREMBLAY A. : "L'incertitude du droit constitutionnel canadien relatif au partage des compétences législatives", op. cit., p. 198.

D'aucuns, à l'instar du professeur WEILER, ne manquent pas de dénoncer le style "(...) irrésistiblement formel et légaliste" (1) de la Cour Suprême et un auteur comme READ de souligner à cet égard que "(...) la Cour Suprême n'a manifesté aucune indication de considérer le droit comme une chose vivante à être appliquée et adaptée pour faire face aux besoins d'une société en évolution" (2).

Il y a lieu, dès lors, de constater que la Cour Suprême du Canada s'en est tenue à une conception strictement traditionnelle du rôle du pouvoir judiciaire. En se cantonnant dans une démarche interprétative à dominante positiviste, les juges du tribunal suprême canadien privilégiaient la technique juridique aux dépens d'une certaine capacité d'innovation :

"Dans l'ensemble, estime le professeur MALLORY, la Cour a manifesté les caractéristiques du judicial self-restraint : elle a pris ses décisions sur des bases étroites (...). Les juges se sont retenus de se considérer trop sérieusement comme l'organe chargé d'affirmer les valeurs de la constitution et de les adapter ensemble aux besoins d'un âge nouveau" (3).

Il s'agira, dès lors, d'examiner les résultats du positivisme judiciaire de la Cour Suprême au niveau même de l'équilibre constitutionnel canadien.

2 - Les résultats du positivisme judiciaire de la Cour Suprême

Toute technique interprétative n'est pas neutre et le fait que "les juristes du Canada accordaient peu d'importance aux aspects politiques et sociologiques et préféraient la juger selon les technicalités juridiques" (4) illustre un comportement politique précis.

(1) WEILER P.C. : "The supreme court of Canada and the doctrine of mens rea", R.B.C. 1971, vol. 49, p. 291. L'auteur parle aussi du "positivisme juridique traditionnel, inarticulé des juristes et juges canadiens (...)" ("Two models of judicial decisions-making", R.B.C. 1968, vol. 46, p. 406).

(2) READ H.E. : "The judicial process in common law Canada", op. cit., p. 281.

(3) MALLORY J.R. : "The structure of canadian government", op. cit., p. 354.

(4) BLACK E. & CAIRNS A.C. : "Le fédéralisme canadien : une nouvelle perspective", op. cit., p. 37.

Aussi serait-il naïf de croire qu'en se refusant de déborder de sa sphère strictement juridique, la Cour Suprême entend rendre des décisions a-politiques en matière de partage des compétences entre les deux ordres de gouvernement. En effet, le positivisme judiciaire, au-delà de son apparente neutralité, recouvre une fonction politique cachée. A cet égard, d'aucuns soulignent justement que "le style formel oeuvre à camoufler le rôle des attitudes judiciaires à l'égard des questions politiques" (1). Dans une structure constitutionnelle aussi conflictuelle que le fédéralisme canadien, le juge de la Cour Suprême aura tendance, en effet, à maquiller d'une certaine technicité juridique ses propres convictions politiques. Dès lors, le positivisme judiciaire de la Cour Suprême, loin d'être une finalité, demeure essentiellement un moyen d'habiller le choix politique du manteau de la logique juridique.

"(...) les jugements de la Cour, remarque le professeur RUSSELL, sur des questions importantes touchant aux relations biculturelles ou fédérales, ont été usuellement exprimés d'une manière technique, légaliste, rendant difficile la découverte de quelconques choix politiques réels auxquels la Cour a pu être confrontée" (2).

C'est dire qu'à travers une interprétation positiviste du texte constitutionnel, le juge de la Cour est amené à utiliser l'outil de la technique juridique au service d'une option politique donnée. On réalise, de ce fait, qu'une telle technique n'est pas neutre dans la mesure où le juge de la Cour Suprême peut la façonner en fonction du résultat à atteindre et par là-même l' " (...) orienter vers des valeurs autre que le fédéralisme" (3). On mesure, aussi, combien le recours discrétionnaire par le juge à une technique d'interprétation risque de devenir dangereux pour l'équilibre des compétences au sein de la fédération canadienne. A cet égard, l'utilisation fréquente par la Cour Suprême de certaines théories d'interprétation met en lumière les abus susceptibles d'être commis en ce domaine (4).

A la limite, il ne serait pas exagéré de conclure que le positivisme judiciaire ancré dans l'attitude interprétative de la Cour Suprême du Canada tendrait à n'être que l'alibi juridique d'un déséquilibre du partage des compétences au profit du gouvernement fédéral. Il n'est, dès lors, pas surprenant

(1) FONTS D.E. : "Policy making in the supreme court of Canada 1950-1960", op. cit., p. 262.

(2) RUSSELL P.H. : "The supreme court of Canada as a bilingual and bicultural institution", op. cit., p. 57.

(3) TREMBLAY A. : "Les techniques d'interprétation des constitutions", op. cit., p. 61.

(4) Ainsi en a-t-il été de l'utilisation faite par la Cour Suprême du pouvoir résiduaire ou de la clause relative à la réglementation des échanges et du commerce.

comme le relève le professeur BRUN que "le "Judicial restraint" de la Cour Suprême a l'air d'avoir eu pour effet que toutes les lois fédérales ont été épar- gnées depuis 1949" (1).

Une autre traduction politique de l'interprétation judiciaire a trait à l'activisme juridique.

Paragraphe 2 - La dimension activiste de l'interprétation judiciaire

La dimension activiste illustre le second type d'interprétation judiciaire qui de par son contenu s'oppose radicalement à l'approche positiviste. Toutefois, il y a lieu de remarquer que, loin de s'exclure, ces deux attitudes peuvent cohabiter dans un même contexte juridique. De fait, toute l'histoire de la common law reflète une dialectique continue "(...) entre la consolidation et le progrès, entre les techniciens légaux et les juristes créateurs" (2). C'est dire qu'on ne saurait parler d'une stricte séparation de ces deux types d'ap- proche interprétative du fait que cette classification dans le domaine de la phi- losophie judiciaire ne recoure pas "(...) réellement une pure dichotomie (...) " (3).

Il nous faudra, en conséquence, après avoir situé les contours de l'activisme judiciaire, montrer dans quelle mesure ce dernier a pu avoir une influence sur la jurisprudence de la Cour Suprême.

(1) BRUN H. : "Le "judicial restraint" et le fédéralisme canadien", op. cit., p. 170. Cette attitude positiviste de la Cour Suprême s'est traduite par une interprétation pour le moins stricte des dispositions de la Déclaration cana- dienne des droits depuis l'accident Drybones : "La philosophie prédominante des cours canadiennes est celle du positivisme. Les cours, nos juges (...) se perçoivent comme isolés de ces considérations sociales, politiques et écono- miques qui sont les matières premières du législateur. (...) Mais la Déclara- tion des Droits exige implicitement que les cours soient préparées à abandon- ner une jurisprudence mécanique (...)", (cf. SINCLAIR J.G. : "The Queen v. Drybones : the supreme court of Canada and the canadian Bill of Rights", op. cit., p. 608).

(2) FRIEDMANN W. : "Judges, politics and the law", R.B.C. 1951, vol. 29, p. 819.

(3) McWHINNEY E. : "Judicial review in the English speaking world", op. cit., p. 218.

A - Les traits de l'activisme judiciaire

Le fondement de l'activisme judiciaire participe d'une appréhension particulière du rôle du juge dans le processus interprétatif du texte constitutionnel. Le juge, dans le règlement d'un litige, ne doit pas se confiner à une interprétation stricte de la loi mais dépasser le cadre mécanique de sa fonction en se donnant des moyens d'investigation plus grands.

Dès lors, la mise en oeuvre d'une conception activiste de l'interprétation judiciaire passe par la redéfinition de la démarche interprétative traditionnelle du juge.

1 - La redéfinition de la démarche du juge

L'activisme judiciaire sous-tend fondamentalement une démarche créatrice du juge. C'est dire que ce dernier se révèle l'élément dynamique du processus judiciaire qui, selon le juge LASKIN, doit être créateur :

"Mon attitude à l'égard du processus judiciaire n'est pas de nature à changer. Je l'ai toujours considéré comme créateur" (1).

De fait, considérant que le juge ne saurait être ramené à n'incarner "(...) rien qu'un automate" (2), les partisans de l'activisme judiciaire assignent à ce dernier la tâche d'adapter la loi à appliquer aux nouvelles conditions socio-politiques. Dès lors, le droit n'est plus, dans cette optique, un ensemble figé de règles juridiques mais, sous l'impulsion du juge, un devenir en transformation continuelle. Agent d'adaptation, le juge devient par conséquent "(...) une partie - une partie déterminante - de ce processus dynamique de l'évolution légale" (3).

Remplir une telle mission implique un bouleversement de l'attitude du juge. Une orientation jurisprudentielle résolument activiste se trouve, en effet, incompatible avec une approche stricte et réservée du juge vis-à-vis du texte juridique :

(1) HYMAN R. : "Laskin J.", Journal de l'association du Barreau canadien, 1970, vol. 1, p. 8.

(2) LEDERMAN W.R. : "The balanced interpretation of the federal distribution of legislative powers in Canada", op. cit., p. 107.

(3) McWHINNEY E. : "Federal supreme courts and constitutional review", op. cit., p. 582.

"L'empirisme et non le dogmatisme, note le juge LASKIN, l'imagination plutôt que l'attitude littérale, sont les qualités à travers lesquelles les juges peuvent donner à leur Cour la marque de personnalité" (1).

Ce remodelage de la fonction du juge consacre, de ce fait, une appréciation réellement novatrice du document juridique soumis à l'analyse.

2 - L'aspect novateur de l'appréciation du juge

Dans le contexte d'une interprétation activiste, l'aspect novateur de l'analyse du juge réside dans sa vision intégrée. En effet, au lieu d'isoler le texte à interpréter, le juge s'efforce de l'intégrer dans son environnement socio-politique. Une telle approche judiciaire participe ainsi d'une dimension totaliste de la réalité juridique. Le droit n'apparaît, par conséquent, plus comme un champ clos mais un espace dans lequel "(...) les tractions contradictoires de la philosophie politique, les intérêts économiques, les valeurs éthiques luttent constamment pour la reconnaissance contre un arrière-plan d'histoire, de tradition et de technique juridique" (2).

On réalise ainsi que le juge ne se veut plus seulement acteur juridique mais aussi acteur politique. En s'attachant à favoriser une interprétation évolutive du texte constitutionnel, le juge contribue, certes, à une adaptation du droit mais celle-ci est nécessairement modelée par les critères subjectifs du juge.

Dès lors, l'orientation d'une interprétation activiste en matière constitutionnelle est dépendante de la formation politique du juge. C'est dans ce subjectivisme politique que se situe, à cet égard, la force et l'ambiguïté de l'activisme judiciaire. En effet, si la force de ce type d'interprétation réside dans la place accordée au droit comme outil de transformation sociale, l'ambiguïté apparaît dans la mesure où les juges ne pourront trancher des litiges aux conséquences politiques évidentes "(...) sans se référer en aucune façon à leurs propres systèmes de valeurs et d'opinions sur ces questions" (3).

(1) LASKIN B. : "The supreme court of Canada : a final court of and for Canadians", op. cit., p. 1976.

(2) FRIEDMANN W. : "Judges, politics and the law", op. cit., p. 815.

(3) BRUN H. & TREMBLAY G. : "Droit Public Fondamental", op. cit., p. 281.

C'est dire combien le contenu politique de l'activisme judiciaire est tributaire d'une certaine conviction politique du juge. Ainsi dans le cadre du fédéralisme canadien, une interprétation activiste du partage des compétences entre les deux ordres de gouvernement pourra tout aussi bien imprimer une orientation centralisatrice que décentralisatrice à la structure fédérale.

L'attitude du Comité Judiciaire du Conseil Privé se révèle à cet égard significative. Ecartant toute démarche positiviste, le tribunal londonien s'attacha à donner aux dispositions de l'A.A.N.B. de 1867 "(...) une interprétation large et généreuse (...)" (1) de nature à prendre en considération l'esprit du texte constitutionnel :

"(...) il ne faut pas prêter à une constitution une signification trop étroite et abstraite. Les expressions ont de toute nécessité un sens général et souventes fois il ne devient possible d'en saisir le sens véritable et la portée entière que lorsqu'on les considère, à la longue, en relation avec les innovations qui de temps à autre surviennent au cours des années. Ce n'est pas que la signification des expressions varie : mais des circonstances différentes font ressortir et mettent en lumière son sens véritable" (2).

C'est à travers le choix de ce type d'interprétation résolument activiste que le Conseil Privé insuffla à une constitution canadienne fondamentalement centralisatrice une orientation plus conforme aux principes du fédéralisme.

Aussi convenait-il de se demander si la tradition activiste de l'interprétation adoptée par le Conseil Privé serait reprise par la Cour Suprême du Canada.

Il nous faudra, par conséquent, analyser dans quelle mesure une certaine forme d'activisme judiciaire a pu modifier l'image positiviste du style d'interprétation de l'instance suprême canadienne.

B - L'infiltration de l'activisme judiciaire dans la jurisprudence de la Cour Suprême

Il serait idéaliste de croire qu'une instance juridictionnelle à l'instar de la Cour Suprême du Canada s'en tienne à un choix rigoureux d'une

(1) Edwards v. Procureur Général du Canada (1930) A.C. 124, p. 136.

(2) James v. Commonwealth of Australia (1936) A.C. 578, p. 614.

interprétation positiviste de la constitution canadienne. De fait, comme le souligne CAVALLUZZO, "il y a un temps pour l'activisme judiciaire comme il y en a un pour le judicial restraint" (1). C'est dire que tout type d'interprétation ne procède pas d'une logique immanente à la décision des juges de la Cour mais n'est que la traduction juridique d'une certaine orientation politique. Il n'est dès lors pas surprenant que dans un cas déterminé, la Cour choisisse de dépasser le cadre strict de la règle juridique pour prendre en considération l'environnement même du litige. On constate ainsi qu'au-delà de l'opposition rigide entre les deux types d'interprétation, il existe une complémentarité susceptible de faciliter l'adaptation du juge :

"Le juge constitutionnel sage, souligne WHINNEY, a besoin d'être familier avec les avantages à la fois du restraint et de l'activisme et être capable de les appliquer (...)" (2).

De fait, s'il s'avère que l'approche positiviste s'est révélée dominante depuis 1949 dans l'interprétation de la Cour Suprême, une certaine orientation acti iste a néanmoins joué un rôle certes ponctuel mais non négligeable dans le domaine des libertés fondamentales pendant les années 1950.

Toutefois, nombre de commentateurs déploraient que cette nouvelle orientation ne soit pas poursuivie par la Cour d'une manière aussi nette. Est-ce à dire que l'interprétation de la Cour Suprême n'a pas évolué véritablement depuis son "érection" en 1949 ? A cet égard, d'aucuns constatent une mutation relative de la Cour Suprême dans son attitude interprétative de la constitution canadienne. Soulignant le passage d'une tradition positiviste à une tradition activiste, le professeur SMILEY note à ce sujet :

"Le Judicial restraint de la constitution canadienne a été d'une manière prédominante dans la première tradition, mais dans une voie provisoire et hésitante ; la Cour Suprême du Canada depuis 1949 en est venue à accepter certaines des perspectives de la seconde" (3).

Cette évolution ne pouvait qu'être accueillie avec satisfaction par ceux qui encourageaient la Cour Suprême à se détourner d'une attitude formaliste. Un des plus ardents défenseurs de l'école activiste, le professeur LEDERMAN estime que la Cour Suprême ne saurait en rester à une interprétation littérale du texte constitutionnel :

(1) CAVALLUZZO P.J. : "Judicial review and the Bill of Rights : Drybones and its aftermath", op. cit., p. 531.

(2) McWHINNEY E. : "The great debate : activism and selfrestraint and current dilemmas in judicial policy-making", N.Y.U.L.R. 1958, vol. 33, p. 794.

(3) SMILEY D.V. : "Canada in question - Federalism in the seventies", op. cit., p. 24-25.

"(...) c'est une erreur de penser, remarque-t-il, que la question d'interprétation est seulement grammaticale et de **synthaxe**, en traitant le document constitutionnel à l'écart des faits économiques, sociaux et culturels de la vie de la société (...)" (1).

Pour les juristes québécois, cette incitation à déployer un plus grand activisme judiciaire, au-delà de son apparent bien-fondé, demeure suspecte. Ces derniers, en effet, soupçonnent, non sans raison, la Cour Suprême de favoriser, à travers un tel type d'interprétation, l'inertie centralisatrice du gouvernement fédéral. Il y a lieu, à cet égard, de craindre qu'en **s'appuyant** beaucoup plus sur des contingences économiques et sociales que sur la règle de droit, les juges de la Cour ne justifient une orientation centralisatrice de la répartition des compétences entre les deux ordres de gouvernement.

On réalise, dès lors, que cet infléchissement activiste du style d'interprétation de la Cour Suprême, parce qu'il se développe dans un cadre constitutionnel conflictuel, ne peut qu'avoir une influence réduite.

Il conviendra dans un premier temps d'analyser la marque de cet infléchissement activiste avant d'en dévoiler les freins.

1 - La marque de l'infléchissement activiste

Jusqu'à ces dernières années la conception activiste de l'interprétation judiciaire relevait pour la Cour Suprême beaucoup plus d'un choix circonstanciel que d'une ligne de conduite déterminée. Pendant longtemps liée par un positivisme contraignant et stérilisant, les juges de la Cour ne pouvaient remettre brutalement en question la lourdeur d'un tel passé.

De fait, depuis les années 1960, l'on assiste à un dégel sensible de l'attitude de la Cour en matière d'interprétation. Cette évolution se fait par palier et non sans lenteurs. Ainsi la démarche activiste du tribunal suprême canadien a-t-elle évolué par touches ponctuelles demeurées sans lendemain. L'affaire Drybones est à cet égard révélatrice. En effet, les membres de la Cour s'opposèrent nettement quant au type d'interprétation à adopter. A cet égard, l'arrêt Drybones reste actuellement le seul jugement dans lequel une majorité de la haute juridiction s'est prononcée aussi clairement en faveur d'une approche activiste de la Déclaration canadienne des droits.

(1) LEDERMAN W. R. : "Unity and diversity in Canadian federalism : ideals and methods of moderation", op. cit., p. 600.

Toutefois, loin d'avoir su créer un large consensus en la matière au sein de la Cour Suprême, la décision Drybones cristallisait l'opposition latente entre le courant activiste et le courant positiviste. L'antagonisme entre ces deux courants s'est sensiblement exacerbé depuis 1970. En effet, le triomphe des positions activistes dans la jurisprudence Drybones a quelque peu traumatisé les membres de la Cour et provoqué une réaction immédiate. Avec l'arrêt Lavell, le mouvement positiviste rangé derrière la barrière traditionnelle du juge PIGEON refoulait sans merci l'activisme jurisprudentiel victorieux dans l'arrêt Drybones. Si depuis la décision Lavell, le positivisme judiciaire semble maître du terrain jurisprudentiel, il n'en a pas pour autant réduit le courant activiste à néant.

Bien au contraire, sous la puissante impulsion du juge en chef LASKIN, l'activiste jurisprudentiel jouit d'une audience non négligeable au sein du haut tribunal. A cet égard, la brillante personnalité du juge en chef n'a pas été étrangère à un tel renouveau. De fait, ce dernier peut être considéré à juste titre comme la figure de proue du mouvement activiste. Ancien professeur de droit, cet éminent théoricien s'est forgé une solide réputation dans les milieux juridiques canadiens :

"A travers ses écrits dans les diverses revues juridiques nationales et internationales, Bora Laskin s'est imposé comme un érudit juridique de premier rang. Même ceux qui ne sont pas d'accord avec lui ont eu de la difficulté à réfuter ses arguments. Sa passion comme professeur de droit et comme juge a relevé le niveau de la jurisprudence canadienne" (1).

Le professeur LASKIN n'a jamais caché ses préférences pour une ouverture jurisprudentielle plus grande de la Cour Suprême à la réalité sociale et économique. Depuis toujours, il se plaisait à dire que "le droit doit payer un tribut à la vie" (2) et par conséquent doit prendre en charge le contexte

(1) VAUGHAN F. : "The americanization of canadian law ? The case of Chief Justice Bora Laskin", R.T. 1974, vol. 64, p. 446.

cf. PRINCE V. : "M. Laskin est un des plus beaux esprits juridiques que ce pays ait produits. Sa réputation n'est plus à faire. Ce n'est pas un technicien mais un philosophe du droit. La dimension sociale de celui-ci, en particulier, l'a toujours intéressé et préoccupé", ("Le nouveau juge en chef", La Presse, 5 janvier 1974, p. A-4.)

(2) LASKIN B. : "The supreme court of Canada : a final court of and for canadians", op. cit., p. 1073. L'auteur notait par ailleurs : "Les catégories de matières doivent désormais être conçues comme des véhicules à travers lesquels une ligne de conduite sociale, économique ou politique est exprimée, et ces considérations (...) ne peuvent être ignorées, lorsque les cours donnent un contenu aux catégories de matières et mesurent en conséquence la validité de la législation", ("Canadian constitutional law", 1960, op. cit., p. 76-77).

social et politique dans lequel il est immergé. Sa nomination, en 1972, au banc de la haute juridiction canadienne, prenait, dès lors, une signification jurisprudentielle évidente : "Sa nomination a suscité dans la presse, dans la profession juridique et peut-être même dans le cabinet fédéral les espoirs de voir la Cour Suprême du Canada sur le point d'entrer dans une nouvelle période "activiste" " (1).

Ainsi, depuis son installation à la Cour Suprême, l'ex-professeur B. LASKIN s'est-il attaché à traduire dans la pratique jurisprudentielle ses propres conceptions théoriques. Le domaine des libertés fondamentales lui a donné, à cet égard, l'occasion d'adopter des positions pour le moins audacieuses sur la valeur à assigner à la Déclaration des droits. Son accession au rang de juge en chef de la Cour n'a nullement entamé ses convictions quant au rôle du judiciaire dans la société canadienne. Ses discours les plus récents témoignent de la même volonté de permettre à la haute juridiction de sortir des sentiers battus de l'interprétation jurisprudentielle :

"Bien que les cours ne puissent pas, de par la nature de leur fonction, jouer un rôle aussi important dans la société qu'une législature, elles ne sont pas simplement des instruments passifs jouant les mêmes airs sans cesse. Ma propre opinion de l'attente du public relative au rôle judiciaire réside dans ses possibilités créatrices, dans la capacité, le pouvoir des cours de maintenir le droit en mouvement, de le faire évoluer par la critique et (...) de l'actualiser constamment" (2).

Une conception aussi peu orthodoxe de la fonction du droit fait sans conteste du juge en chef un franc-tireur activiste au milieu d'un tribunal largement inféodé au positivisme judiciaire. De fait, pour B. LASKIN, le droit ne saurait être perçu comme un outil rigide mais appréhendé comme "(...) répondant et se rapportant à nos conditions sociales et économiques et servant les fins qui expriment la caractéristique de l'organisation de notre société" (3). Certes, reconnaît-il, la tâche essentielle du juge est d'appliquer le droit qu'il revient au législateur de créer mais, ajoute-t-il, "(...) il y a aussi de larges domaines du droit qui ont été abandonnés aux juges et aux cours (...) "(4).

(1) MICHAEL C. : "The role of courts in public policy-making : a personal view", U.T.F.L.R. 1975, vol. 33, p. 1 ; *ibid.*, p. 10.

(2) LASKIN B. : "A judge and his constituencies", M.L.J. 1976, vol. 7, p. 14.

(3) LASKIN B. : "The function of the law", A.L.R. 1973, vol. 11, p. 119.

(4) LASKIN B. : "The judge and due process", M.L.J. 1972, vol. 5, p. 236. cf. VAUGHAN F. : "(Le juge Laskin) n'a jamais été capable d'accepter le rôle étroit assigné aux juges par la coutume au Canada. A son avis, la fonction judiciaire exige fréquemment de l'audace et de l'innovation", ("The americanization of canadian law ? The case of Chief Justice Bora Laskin", *op. cit.*, p. 446).

C'est précisément à ce niveau que le juge doit assumer ses responsabilités en dépassant sa stricte fonction d'application de la loi.

Déjà sensiblement affirmée dans quelques décisions touchant à la Déclaration canadienne des droits, cette démarche jurisprudentielle "Laskinienne" s'éclaire plus particulièrement dans l'arrêt Murdoch (1). Dans cette affaire, la majorité de la Cour Suprême conclua que Mme Murdoch, séparée de son mari, n'avait aucun droit sur une quelconque partie des biens dont la propriété appartenait nominalement à son mari. Dans la mesure où l'épouse pouvait légitimement se prévaloir d'un droit en équité pour avoir contribué par son travail à l'acquisition de certains biens, la question se posait s'il fallait ou non restreindre au seul mari la propriété de ceux-ci.

Dans sa dissidence solitaire, le juge en chef LASKIN donnait droit à la requête de l'épouse parce que, estima-t-il, le tribunal commettrait une injustice s'il restreignait uniquement à l'époux la propriété des biens :

"(...) en apportant à l'acquisition successive de biens (...) l'importante contribution de travail physique qui a été la sienne, aussi bien qu'une contribution financière, l'épouse a, à mon avis, établi un droit à une part qu'il serait inéquitable de lui refuser et dont la négation entraînerait l'enrichissement injuste de son mari" (2).

En d'autres termes, raisonne le juge en chef, la protection de la loi s'avère, dans ce cas particulier, insuffisante et par là-même discriminatoire au regard du principe de l'équité. Il y a lieu, dès lors, pour le juge, de compléter le droit existant afin de le faire coïncider avec une solution équitable du litige. Aussi, sans prétendre vouloir se substituer au législateur, ce dernier considère comme légitime le recours à des techniques juridiques adaptées susceptibles de rendre le droit plus juste :

"Il ne fait aucun doute que l'action législative est peut-être le meilleur moyen de préciser les orientations et conditions en vertu desquelles les conjoints auront droit au partage de biens acquis par l'un ou l'autre ou les deux pendant le mariage, et selon lesquelles l'importance de leurs parts respectives sera déterminée. Le meilleur moyen n'est cependant pas le seul moyen ; et si une compétence traditionnelle exercée par les tribunaux peut contribuer à un partage équitable, elle ne doit pas être retenue à l'écart simplement parce que les difficultés des affaires particulières et l'établissement de distinctions auraient pour résultat une évolution plus lente et peut-être plus pénible des principes" (3).

(1) Murdoch v. Murdoch (1975) R.C.S. 423, Jugement de 8 contre 1.

(2) p. 457.

(3) p. 450-451.

A la différence du juge en chef qui dénonce dans l'uniformisation du droit une source d'injustice (1), la majorité de la haute juridiction refuse d'endosser une telle responsabilité et renvoie la solution du conflit à des mesures législatives générales. S'efforcer, à l'inverse, de remédier d'une manière équitable à une situation injuste, c'est refuser d'appliquer mécaniquement le droit :

"Les juges n'appliquent pas simplement le droit. Ils déterminent quels sont les faits, séparent ceux qu'ils souhaitent faire ressortir ou diminuer ; choisissent le droit lorsqu'ils pensent qu'il est applicable (...). Le juge Laskin semble maintenant s'être fondu dans ce rôle" (2).

C'est dire qu'en se déniait le pouvoir d'adapter le droit à des circonstances particulières, les juges majoritaires de la haute juridiction ne font, en définitive, que traduire "la répugnance générale des cours à "plier ou adapter" les principes existants (...) pour aboutir à des objectifs sociaux souhaitables (...)" (3). On mesure, dès lors, le fossé qui sépare un juge en chef soucieux de juger selon l'équité de ses pairs habitués à juger selon le droit.

Faut-il, pour autant, conclure que le mouvement activiste restera toujours minoritaire, voire résiduel au sein de la Cour Suprême ? On peut en douter quand on sait le charisme jurisprudentiel du juge en chef LASKIN capable de convertir d'autres membres du haut tribunal à l'activisme jurisprudentiel. Toutefois, la route sera longue avant qu'une majorité de la Cour Suprême bascule éventuellement dans le champ de l'activisme judiciaire. De fait l'investigation de la Cour par les conceptions activistes se heurte encore à de nombreuses réticences.

2 - Les freins de l'infléchissement activiste

Toute aussi séduisante que soit l'approche jurisprudentielle du juge en chef LASKIN, son développement s'avère trop récent pour rallier d'emblée

(1) DOERING R. L. : "Murdoch v. Murdoch and the law of constructive trusts", O. L.R. 1973-1974, vol. 6, p. 590.

cf. *ibid.* : CAPARROS E. : "Il ne s'agit pas, bien sûr, de préférer les tribunaux au Parlement, mais il y a des cas concrets où, à notre avis, les Cours de Justice devraient pouvoir trouver un moyen juridique de ne pas rendre des décisions renversantes", ("Le travail de la femme d'un "rancher", une décision renversante de la Cour Suprême", C.D. 1974, vol. 15, p. 198).

(2) Editorial : "Whither the supreme court of Canada ?", C. L. J. 1971-1973, vol. 19-21, p. 357.

(3) JACOBSON P. : "Murdoch v. Murdoch : just about what the ordinary ranchers's wife does", McGill L.J., 1974, vol. 20, p. 319-320.

une Cour Suprême engoncée depuis des lustres dans un positivisme judiciaire traditionnel. Trop de réflexes, d'habitudes acquises ont peu à peu enserré la haute Cour dans un cadre interprétatif littéral. On conçoit, ainsi, aisément que pareilles réticences sinon retenues à l'endroit de toute forme d'activisme judiciaire demeurent encore vivaces parmi les juges de la Cour Suprême. Beaucoup plus que d'autres, l'évolution des "mentalités" juridiques exige du temps.

Cependant, l'aiguillon activiste laskinien aura eu pour effet de mettre, dans l'immédiat, la haute juridiction en face de ses responsabilités. Ce n'est pas, en l'espèce, un mince résultat. Jusqu'à cette date, la Cour considérait comme allant de soi le choix du modèle d'interprétation littérale dont le bien-fondé ne pouvait être contesté. Dès lors, la justification d'un tel choix devenait pour la Cour Suprême superflue.

Pourtant avec l'arrêt *Harrison v. Carswell* (1), la haute juridiction perdait sa belle sérénité. Saisis par le doute, les juges de la Cour devaient en effet aborder le problème fondamental de la fonction judiciaire. Pour la première fois, la Cour Suprême acceptait, sans détours, de réfléchir sur la finalité de son rôle jurisprudentiel et de justifier le choix de sa grille d'interprétation :

"(...) *Harrison v. Carswell* est une cause marquante parce qu'en s'efforçant de résoudre la question, chaque juge de la Cour Suprême fut obligé de choisir une des deux théories ou points de vue concurrents quant au droit et méthodes de règlement des litiges. Il faut louer les membres de la Cour pour avoir fait face franchement au choix et en donner les raisons" (2).

Dans cette affaire, des employés s'étaient mis en grève conformément à la législation provinciale en matière de travail et avaient installé un piquet de grève devant le magasin de leur employeur. Comme le magasin était situé sur un vaste centre d'achat appartenant à un particulier, le piquet de grève avait été établi, par souci d'efficacité, en face du magasin et par voie de conséquence, sur cette propriété privée. Aussi, l'intimée *S. Carswell*, membre du piquet de grève, fut-elle priée par le directeur du centre d'achat, *M. Harrison*, de quitter les lieux. Devant son refus, celle-ci fut accusée d'avoir violé les dispositions du "*Petty Trespasses Act*".

Un tel litige soulevait un dilemme juridique difficile. En effet, en permettant au piquet de grève de rester sur les lieux, la Cour bafouait purement et simplement les dispositions de cet acte relatif aux droits des proprié-

(1) *Harrison v. Carswell* (1975) R.C.S. 200. Jugement de 6 contre 3.

(2) COVAL S.C. & SMITH J.C. : "The supreme court of Canada and a new jurisprudence for Canada", R.B.C. 1975, vol. 53, p. 824.

taires de la Province. Mais, par ailleurs, si le tribunal décidait d'appliquer la loi, il privait, indirectement, un syndicat d'une arme revendicative essentielle contre l'employeur. Or le pouvoir de négociation d'un syndicat passe par l'utilisation de son droit de grève et par là-même du piquet de grève.

Deux alternatives s'offraient, dès lors, aux juges de la Cour. La première consistait à appliquer strictement, selon la tradition positiviste, le droit relatif aux faits litigieux même au prix d'un résultat indésirable. La deuxième se basait sur une attitude plus sociologique et pragmatique de nature à dégager un compromis entre les deux intérêts en conflit.

C'est dire, à cet égard, combien la haute juridiction fut amenée à entériner consciemment son choix entre deux visions distinctes de l'interprétation judiciaire. En restant fidèle à une approche jurisprudentielle d'obédience positiviste, la Cour Suprême ne surprenait personne. Toutefois, ce sont les raisons invoquées à l'appui de son jugement qui méritent notre attention.

Comme de par le passé, l'on retrouve au sein de la haute juridiction ce même clivage entre une minorité de juges favorables à une interprétation flexible du droit en fonction de la réalité sociale et une majorité prudemment retirée dans une conception traditionnelle de l'interprétation judiciaire.

Dénonçant "(...) la caducité d'une ancienne doctrine qui a évolué à partir d'une base sociale tout à fait différente" (1), la minorité dissidente, par le voix du juge en chef LASKIN, prônait la recherche d'un cadre juridique approprié susceptible d'intégrer l'apparition de nouveaux faits sociaux. Autrement dit, le droit existant en la matière se révèle inadapté pour résoudre un tel litige. Il s'agit, dès lors, d'assouplir suffisamment la règle juridique de façon à l'adapter, en la circonstance, à l'évolution sociale. Il faut savoir, par conséquent, réajuster l'outil juridique à la réalité sociologique sous peine de créer des distorsions génératrices d'injustices.

Pour la majorité de la Cour Suprême, il y a lieu, en revanche, de trancher le litige à la lumière du droit. Aussi donna-t-elle droit à l'appellant en fondant sa décision sur deux motifs principaux. D'une part, elle considéra que le propriétaire des lieux n'avait pas perdu le droit à toute possession exclusive de son terrain pourtant ouvert au public. D'autre part et par voie de conséquence, le piquet de grève avait attenté clairement au droit de propriété et tombait donc sous le coup des dispositions de la législation manitobaine.

A lire l'argumentation des opinions majoritaires, on devine que

(1) p. 209.

la haute Cour s'est presque à contrecœur résolue à ce choix. Certes, si, dans l'ensemble, "(...) l'approche prise par le juge DICKSON est l'une des plus conventionnelles (...)" (1), elle rejoint cependant celle du juge en chef sur la nécessité de donner les moyens à la Cour de jouer un rôle jurisprudentiel créateur. En effet, à l'instar du juge en chef LASKIN, le juge DICKSON conçoit parfaitement que le tribunal suprême puisse, si besoin est, apporter des innovations sinon des corrections jurisprudentielles capables de faire coïncider le droit avec l'environnement social.

Cependant, si "(...) le juge DICKSON et le juge en chef LASKIN s'opposent sur le rôle créateur de la Cour (...)" (2), ce n'est pas tant sur le principe de ce rôle que sur ses implications. De fait, la haute juridiction veut bien avoir un pouvoir créateur mais elle s'interroge non sans un profond malaise, sur l'étendue d'un tel pouvoir. En vertu de quels critères conviendrait-il de limiter ce pouvoir ? Il y a là dans cette question une incertitude, un risque qui ont pesé lourd dans la décision finale de la Cour. En refusant, en dernière analyse, de franchir le pas, les juges majoritaires refusaient d'assumer un tel risque :

"La théorie selon laquelle cette Cour devrait juger et établir la valeur sociale respective du droit de propriété et du droit au piquetage soulève des questions politiques et socio-économiques importantes et difficiles dont la solution, à cause de leur nature même, est inévitablement arbitraire et reflète nécessairement des convictions économiques et sociales personnelles. Elle soulève aussi des questions fondamentales sur le rôle de cette Cour en vertu de la Constitution canadienne. D'après moi, cette Cour a l'obligation de remplir sa fonction judiciaire d'une manière raisonnée d'après des concepts établis et des décisions fondées sur des principes. Je ne doute pas un instant que la Cour puisse faire preuve d'initiative et elle l'a fait à maintes reprises ; toutefois, il est clair qu'il faut se demander quelles sont les limites de la fonction judiciaire" (3).

Comment ne pas discerner au-delà de cette justification de la fonction jurisprudentielle traditionnelle de la Cour une gêne sensible du juge DICKSON qui tout en admettant le rôle potentiellement créateur du tribunal, préfère se décharger de ce fardeau sur le législatif :

"Si cette loi doit être modifiée (...) j'estime qu'il revient à l'institution qui l'a édictée, c'est-à-dire à la législature qui représente

(1) COLANGELO J. : "Notes - la bour law : Harrison v. Carswell", U.T.F.L.R. 1976, vol. 34, p. 238.

(2) HERMAN M.J. : "Introduction : the supreme court of Canada 1875-1975", op. cit., p. 5-6.

(3) Juge DICKSON, p. 218.

le peuple et est constituée pour exprimer sa volonté politique, et non au tribunal, d'apporter la modification voulue" (1).

Ainsi, les réticences de la Cour Suprême à développer une jurisprudence plus créatrice s'ancrent dans deux convictions distinctes. En premier lieu il convient de se défier de toute tentation de subjectivisme (2). A cet égard, seule la stricte référence à la règle de droit et aux principes juridiques est à même d'écarter les tendances et sentiments personnels du juge du champ décisionnel. En second lieu, il revient au pouvoir législatif et non au pouvoir judiciaire d'apporter des réponses à des problèmes politiques ou sociaux qui peuvent être abordés par le juge. C'est, en la circonstance, rappeler le principe de la suprématie législative dans le contexte constitutionnel canadien (3).

En face d'une minorité de juges disposés à adapter le droit aux réalités économiques et sociales nouvelles, campe une cour majoritaire habitée par une "(...) curieuse réticence (...)" (4) à déborder ses attributions

(1) Ibid., p. 219.

(2) cf. COLANGELO J. : "(...) le juge DICKSON a touché un point faible de l'approche du juge en chef. Cette approche plus activiste peut-elle prévenir les penchants personnels des juges dans leur intervention et, peut-être, de décider sans en avoir l'intention, sur la base de leurs propres croyances politiques et sociales ?", (op. cit., p. 239).

(3) cf. STRAYER B.L. : "(...) la cour n'est pas l'organe approprié pour créer de nouvelles normes constitutionnelles (...). D'ailleurs les décisions relatives au changement des normes constitutionnelles devraient être prises par des instances politiques parce que de telles décisions sont de par leur nature essentiellement politiques", ("Comments on the umpire of canadian federalism", O.H.L.J. 1975, vol. 13, p. 311).

cf. ibid. : LEDERMAN W.R. : "Revue des livres", McGill L.J. 1976, vol. 22, p. 166.

(4) WEILER P.C. : "Of Judges and scholars : reflections in a centennial year", R.B.C. 1975, vol. 53, p. 568.

cf. RUSSELL P.H. : "La Cour Suprême, en tant que cour, fut établie non pour légiférer ou administrer mais pour juger des litiges. Comme organe juridictionnel nommé, on attend de lui (...) qu'il applique le droit, non qu'il le crée. Mais d'un autre côté, les litiges que juge la Cour sont des conflits portant sur la signification ou l'application de règles de droit particulières. Pour dissiper une ambiguïté en droit, résoudre un conflit entre deux règles de droit, appliquer une règle de droit à une situation sans précédent ou combler une lacune en droit, la cour doit aller au-delà ou en-deçà, au-dessus ou au-dessous des termes clairs du droit lui-même. Cet "inactivisme" n'est pas une option pour la Cour Suprême ; soit que les juges sont disposés à admettre que la cour doit être créatrice en matière législative soit qu'ils ne le soient pas, et à cause des fonctions de la Cour Suprême au sommet de notre hiérarchie judiciaire,

traditionnelles dans le domaine de l'interprétation judiciaire. Il s'avère bien difficile, en tout état de cause, de déterminer si cette décision marque une position de principe de la haute juridiction ou constitue simplement une étape dans l'évolution interprétative de la Cour Suprême.

Sans conteste, le jugement rendu dans cette affaire matérialise une certaine mutation du tribunal suprême dans la mesure où celui-ci intègre dans sa démarche positiviste des considérations qui se rattachent à une philosophie activiste du droit. C'est dire qu'au stade actuel de son évolution, la haute cour canadienne s'efforce d'établir "(...) un compromis difficile entre les exigences parfois conflictuelles du jugement et du "policy making" (1).

Certes, il est encore prématuré d'affirmer que ce cheminement jurisprudentiel débouchera sur une conversion véritable de la Cour Suprême aux méthodes activistes dans le domaine judiciaire. Néanmoins, ce "(...) mélange étrange (...)" (2) des approches positiviste et activiste témoigne d'une évidente érosion des positions globalement conservatrices de la Cour et par là-même souligne un aveu de politisation de sa fonction juridictionnelle.

Il convient, dès lors, de se demander si des facteurs externes à la Cour Suprême ne contribueraient pas à accroître une telle politisation de son attitude.

...
sa création législative devient une politique juridique pour le Canada. Beaucoup de la critique de Weiler sur la Cour Suprême est fondé sur la mauvaise volonté de la Cour de faire face délibérément à ce dilemme", ("A political scientist's view", op. cit., p. 294).

(1) WEILER P.C. : "In the last resort - a critical study of the supreme court of Canada", op. cit., p. 7.

(2) WEILER P.C. : "In the last resort - a critical study of the supreme court of Canada", op. cit., p. 15.



CHAPITRE II : LES FACTEURS EXTERNES DE POLITISATION

Loin de se mouvoir dans un univers judiciaire clos, la Cour Suprême du Canada se trouve sollicitée par certains éléments de son environnement susceptibles de politiser sa démarche jurisprudentielle.

Ainsi en est-il, par exemple, de l'activité déployée par les groupes d'intérêts qui sont à l'origine de nombreuses affaires célèbres débattues devant la haute juridiction. Ce n'est, de fait, un mystère pour personne que de souligner le rôle important joué par les puissantes institutions financières et économiques sur la jurisprudence de la Cour (1). Celles-ci, de par leur poids dans la société canadienne donnent implicitement une dimension politique au litige. C'est dire combien de tels groupes de pression ne sont pas sans influencer le comportement du tribunal suprême. De même, l'importance des groupements religieux dans la jurisprudence de la Cour Suprême (2) souligne clairement l'action de ces groupes d'intérêts. Ces derniers n'ont-ils pas, en effet, amené la haute juridiction à prendre en considération le principe de la liberté religieuse au cours des années 1950 ?

L'impact de l'opinion publique s'avère un autre élément de politisation du haut tribunal canadien dans la mesure où celui-ci sera enclin à rechercher son appui dans sa tâche d'arbitrage constitutionnel. Ne pouvant d'un côté rester insensible aux pressions de l'opinion publique et ne voulant pas d'un autre côté affronter ses réactions hostiles, la Cour Suprême se voit, dès lors, conduite à épouser dans son comportement jurisprudentiel les grands mouvements d'opinion (3). A cet égard, l'impact de l'opinion publique risque

(1) cf. OUELLETTE Y. : "La Cour Suprême du Canada en tant qu'institution politique", op. cit., p. 43.

(2) On constate, à cet égard, que la majorité des grands arrêts de la Cour Suprême en matière de libertés fondamentales durant la décennie 1950 et dans une moindre mesure celle de 1960, ont trait à des litiges d'ordre religieux.

(3) cf. OUELLETTE Y. : "(...) lorsqu'une Cour Suprême n'a pas la confiance du public, comme ce fut le cas de la Cour Suprême du Canada dès sa création et encore de nos jours, ou quand elle craint ou entrevoit le danger d'une perte de prestige, il est inévitable qu'elle soit portée à accorder docilement sa jurisprudence aux demandes du public, c'est-à-dire de la majorité", ("Les frères ennemis : la théorie de la qualification face à la législation déguisée - une introduction à la jurisprudence politique", op. cit., p. 68).

de se révéler lourd de conséquences dans des litiges soulevant des problèmes économiques et sociaux.

Toutefois c'est, sans conteste, la Cour Suprême des Etats-Unis qui semble avoir été le facteur le plus déterminant dans la politisation relative de la haute instance juridictionnelle canadienne. Surtout sensible dans le domaine de l'interprétation jurisprudentielle, l'influence du tribunal suprême américain a véritablement exercé une fascination, du moins une attraction, sur la haute cour canadienne. De fait, les premières lézardes dans le monolithisme positiviste de la jurisprudence de la Cour Suprême du Canada témoignent de cette imprégnation américaine.

Certes, l'on constate que depuis quelques années la Cour Suprême canadienne a eu tendance à suivre les traces de son aînée américaine, essentiellement dans le style d'interprétation jurisprudentielle. Toutefois, prétendre qu'un jour prochain la haute juridiction canadienne puisse bénéficier d'un prestige comparable à celui de la Cour Suprême des Etats-Unis nous paraît, à tout le moins, présomptueux. En effet, tant sur le plan constitutionnel que sur le plan jurisprudentiel, la Cour Suprême du Canada se trouve lourdement handicapée par rapport à son homologue américaine.

SECTION I - LES HANDICAPS CONSTITUTIONNELS DE LA COUR SUPREME DU CANADA VIS A VIS DE LA COUR SUPREME DES ETATS-UNIS

L'attirance de la haute juridiction canadienne à l'endroit de la Cour Suprême américaine n'a rien de surprenant. Au contraire, elle s'avère à plus d'un titre logique sinon inéluctable du fait des multiples convergences existant entre les deux pays. Rapprochement géographique d'une part puisque le Canada et les Etats-Unis sont les deux pièces maîtresses du continent nord-américain ; rapprochement constitutionnel puisque ces deux pays ont tissé leur toile constitutionnelle sur un même canevas fédéral. Rapprochement juridique enfin dans la mesure où le droit canadien comme le droit américain s'enracinent profondément dans le common law britannique.

Pourtant, au-delà de ces divers points de similitude, de sensibles divergences (1) subsistent qui se traduisent par un constat clair et net. Alors que le haut tribunal canadien accède tout juste à la notoriété, la Cour Suprême des Etats-Unis a su, en s'auréolant d'un immense prestige, forcer le respect des milieux judiciaires et politiques depuis son avènement sur la scène constitutionnelle américaine.

Pareille différence de traitement n'a rien d'hasardeux. En effet, reconnaître que la haute juridiction canadienne "(...) n'a jamais joui d'une haute et puissante situation dans le gouvernement fédéral au Canada comme la Cour U.S. aux U.S.A." (2), c'est faire indirectement référence aux handicaps multiples dont a souffert la Cour Suprême canadienne. A cet égard, cette différence de prestige entre les deux instances juridictionnelles suprêmes peut s'analyser d'abord à travers les contingences historiques qui ont entouré la naissance de chacune d'elles. Il faut, en la circonstance, se rappeler que la Cour Suprême du Canada fut, dès sa création, menacée jusqu'à son existence même par de violentes attaques et critiques émanant des cercles politiques et juridiques canadiens. Si le haut tribunal canadien survécut à cette période trouble, il en resta néanmoins longtemps affaibli et son autorité s'avéra d'autant plus minée que subsistèrent encore longtemps les appels au Comité

(1) A cet égard B. LASKIN relève les "(...) contrastes importants (...)" qui existent entre ces deux tribunaux suprêmes. (cf. "The constitutional systems of Canada and the United States ; some comparaisons", B. L.R. 1967, vol. 16, p. 593).

Une différence, et non des moindres tient à l'organisation juridictionnelle : aux Etats-Unis, on observe une dualité du système judiciaire alors qu'au Canada l'unitarisme judiciaire est de règle (cf. TRUDEL G. : "Le pouvoir judiciaire au Canada", op. cit., p. 222).

(2) FOWLER D. : "The Canadian Bill of Rights - a compromise between parliamentary and judicial supremacy", op. cit., p. 733.

Judiciaire du Conseil Privé. Tel ne fut pas le cas de la Cour Suprême des Etats-Unis qui, dès son établissement, a fait preuve d'une autorité incontestée.

La faiblesse de rayonnement de la Cour Suprême du Canada par rapport à son aînée américaine s'explique, par ailleurs, essentiellement par des considérations d'ordre constitutionnel. C'est, en effet, en s'appuyant sur de solides bases constitutionnelles, que la haute juridiction américaine s'est façonnée une grande réputation judiciaire.

Il conviendra, par conséquent, d'analyser dans un premier temps dans quelle mesure les bases constitutionnelles de la Cour Suprême américaine ont pu contribuer, à la différence de sa cadette canadienne, à légitimer son rôle d'arbitre fédéral. Il nous faudra, dans un second temps, mesurer les implications constitutionnelles de l'autorité de la Cour Suprême des Etats-Unis.

Paragraphe 1 - Les bases constitutionnelles de l'autorité de la Cour Suprême des Etats-Unis.

Relevant d'un simple statut législatif, le haut tribunal canadien ne peut espérer jouer un rôle comparable à celui de la Cour Suprême américaine. Reposant sur des assises juridiques pour le moins fragiles, la Cour Suprême du Canada n'a jamais pu prétendre se draper du manteau de la constitution pour conforter sa légitimité arbitrale. Toute autre s'avère la situation du tribunal suprême américain. De fait, partie intégrante de la constitution américaine de 1787, la Cour Suprême des Etats-Unis en a retiré une légitimité indiscutable :

"(...) gardienne de la norme juridique la plus élevée, la Cour Suprême a bénéficié du respect qui entoure la constitution. Elle a acquis une autorité morale qu'aucune autre institution américaine n'a pu obtenir" (1).

(1) VIALLE P. : "La Cour Suprême et la représentation politique aux Etats-Unis - nouvel essai sur le gouvernement des juges", op. cit., p. 20.
cf. ibid. : BROSSARD J. : "Au sommet de la hiérarchie judiciaire se trouve la Cour Suprême des Etats-Unis, ultime interprète et gardien de la Constitution, organe suprême de contrôle de la constitutionnalité des lois et des actes gouvernementaux et arbitre ultime des conflits constitutionnels, dont la jurisprudence doit être observée par tous les tribunaux subalternes", ("La Cour Suprême et la Constitution - le forum constitutionnel du Canada", op. cit., p. 57).

A - Le sous-bassement constitutionnel de la Cour Suprême

Le cadre constitutionnel de la haute juridiction américaine n'est pas étranger à son extraordinaire prestige. En effet c'est, avant tout, à travers les dispositions constitutionnelles de son statut que la Cour Suprême des U.S.A. s'est bâtie une indépendance nécessaire pour mener à bien sa jurisprudence politique dans le domaine constitutionnel.

Or, si le fondement constitutionnel du tribunal suprême américain a valu à ce dernier une audience incontestée, il en est allé tout autrement pour la Cour Suprême du Canada amoindrie sinon handicapée par ses origines législatives.

Quasiment ignorée par l'A.A.N.B. de 1867, on voit mal, en effet, comment l'instance juridictionnelle canadienne pourrait se retrancher derrière la constitution pour affirmer sa légitimité au sein du fédéralisme canadien. En entrant par la grande porte constitutionnelle de 1787, la Cour Suprême des Etats-Unis disposait d'emblée d'un capital de confiance suffisant pour lui permettre de jouer éventuellement un rôle non potentiel dans l'évolution du fédéralisme américain. En revanche, l'apparition de la Cour Suprême du Canada par la porte législative de service en 1875 ne pouvait que nuire à sa considération. Confinée à un statut de figurant sous le règne du Comité Judiciaire, la haute cour canadienne ne retirait, en définitive, de la redistribution des rôles en 1949 qu'un avantage apparent. Consacrée reine mais sans couronne constitutionnelle, la Cour Suprême se trouvait toujours privée des attributs de la constitutionalisation capables de l'asseoir dans une légitimité authentique.

Outre le statut constitutionnel, une autre différence entre les deux organes juridictionnels suprêmes a trait au mode de nomination des juges. En effet, si aux termes de la Constitution américaine, les neuf juges de la Cour sont nommés par le gouvernement fédéral, en l'occurrence le Président des Etats-Unis, leur nomination doit, sous peine d'être annulée, être confirmée par le Sénat. Dès lors, en respectant intégralement le principe fédératif, cette disposition constitutionnelle met les juges de la Cour à l'abri de toute suspicion de partialité. A cet égard, la force et l'autorité de la Cour Suprême américaine participent de l'esprit d'indépendance reconnu de ses juges. Echappant à toute pression susceptible de mettre en danger leur liberté de décision (1), ceux-ci ont su exploiter cette confiance nourrie à leur endroit en pesant durablement sur l'évolution du fédéralisme américain.

(1) Le conflit qui opposa la Cour Suprême des Etats-Unis au Président ROOSEVELT à propos du New Deal illustre clairement l'indépendance des juges du haut tribunal. Ce n'est en effet que par la démission de deux de ses membres et le décès de deux autres, que le gouvernement fédéral put enfin avoir raison de son opposition.

De toute évidence, on ne retrouve rien de comparable s'agissant du mode de nomination des juges à la Cour Suprême du Canada. Dépendants quant à leur nomination de la seule discrétion des autorités fédérales, les neuf juges du tribunal suprême canadien pouvaient, dès lors, difficilement bénéficier du label d'impartialité. Ayant, ainsi, les coudées moins franches que leurs homologues américains, les juges d'Ottawa se sont rabattus sur des positions jurisprudentielles plus juridiques que politiques.

B - Le poids des particularités socio-économiques

Outre le cadre constitutionnel, certaines particularités socio-politiques ont également permis à la Cour Suprême des Etats-Unis d'afficher dans sa jurisprudence un comportement politique. A cet égard la nature du recrutement des juges comme la consistance du consensus social américain se sont révélés autant d'éléments susceptibles d'accroître la dimension politique du tribunal suprême américain.

La tradition américaine de recrutement des juges à la Cour Suprême pourvus d'une expérience politique significative concourt indubitablement à politiser la jurisprudence de l'instance suprême américaine. Beaucoup plus sensibilisés par une vision politique que par une argumentation juridique, les membres de la Cour Suprême américaine ont été, dès lors, enclins à privilégier l'approche activiste dans le domaine de l'interprétation constitutionnelle :

"(...) l'arrière-plan de nominations en grande partie "d'hommes d'affaires", note le professeur WHINNEY, à la Cour Suprême des Etats-Unis avec une expérience politique directe dans la vie publique (...) a encouragé une large approche législative du jugement constitutionnel dans lequel la politique est généralement accentuée et préférée à une approche "légaliste" strictement technique, essentiellement abstraite" (1).

S'il s'avère exact que pendant longtemps les juges de la Cour Suprême du Canada provenaient des milieux politiques (2), une telle coutume a eu tendance à tomber en désuétude dans les années récentes. En effet, l'on observe depuis 1949 le développement d'un courant contraire qui met en lumière un recrutement plus spécifiquement universitaire que politique (3).

(1) McWHINNEY E. : "Federal supreme courts and constitutional review", op. cit., p. 592.

(2) cf. RUSSELL P.H. : "The supreme court of Canada as a bilingual and bicultural institution", op. cit., p. 72.

(3) Actuellement, la Cour Suprême du Canada se compose de quatre anciens universitaires : les juges RICHTIE, MARTLAND, BEETZ et le juge en chef LASKIN.

Toutefois, il reste hasardeux de deviner si le haut tribunal canadien formé actuellement pour une bonne part de praticiens du droit penchera vers un pragmatisme jurisprudentiel plus politique ou s'il versera dans la rigueur de l'argumentation juridique. En tout état de cause, il n'est pas dit que cette nouvelle composante sociale fasse obstacle à la mise en oeuvre d'une interprétation jurisprudentielle activiste de la réalité constitutionnelle canadienne.

Par ailleurs, l'existence d'un profond consensus social américain a joué un rôle déterminant dans l'émergence de la Cour Suprême des Etats-Unis comme institution politique. De fait, en l'absence d'un consensus national minimum, toute démarche jurisprudentielle un tant soit peu activiste risque de provoquer des tensions inhérentes à l'hétérogénéité du corps social. En la matière, les Etats-Unis incarnent le type même de communauté sociale fortement soudée autour de certaines valeurs économiques et culturelles. S'enracinant dans un tel consensus, le haut tribunal américain a justement eu comme mérite de bâtir une jurisprudence constitutionnelle capable d'intégrer les valeurs dominantes de la société américaine.

"En dépit de l'apparente véhémence superficielle due à de nombreuses affaires politiques célèbres américaines à l'heure actuelle, les Etats-Unis ont, en réalité, atteint un degré substantiel de consensus national (...) que la Cour Suprême a été en mesure d'appréhender assez facilement et de concrétiser dans des décisions de droit constitutionnel" (1).

Ainsi, on constate que dans un pays fermement attaché aux libertés individuelles, la haute juridiction américaine a développé une jurisprudence remarquable en matière de défense des libertés et des droits fondamentaux. En revanche, la Cour a toujours fait preuve d'une prudence toute conservatrice sur des questions touchant le système économique et l'entreprise privée. En récupérant et en développant de ce fait dans sa jurisprudence ces valeurs sociales fondamentales, le tribunal suprême américain a acquis une réelle stature politique au sein de la structure fédérale des U.S.A. . C'est dire combien le prestige de la Cour Suprême des Etats-Unis est né de l'adéquation entre une audacieuse ouverture jurisprudentielle et la prise en charge des valeurs constitutives du consensus national américain.

Le contexte social canadien se présente tout différemment. En effet, ce pays souffre depuis 1867 d'une carence de consensus national. Pays d'immigration, le Canada forme d'abord une véritable mosaïque de nationalités diverses. Il n'est, par conséquent, guère étonnant que dans cet Etat multinational sévisse une grave crise d'identité nationale.

(1) McWHINNEY E. : "Federal supreme courts and constitutional review", op. cit., p. 592.

Cette hétérogénéité sociale s'est, en outre, amplifiée à travers le clivage linguistique et culturel entre les communautés anglophone et francophone. Officiellement Etat bilingue et biculturel, le Canada demeure en réalité le produit de l'union historique des deux nations fondatrices de la Confédération. Aussi, ne saurait-il y avoir de véritable identité canadienne dans la mesure où se perpétue depuis 1867 cette "(...) dichotomie anglaise-française essentielle de la société canadienne" (1).

Dans un milieu social et culturel aussi éclaté, il devient difficile pour la haute juridiction canadienne de se considérer désimpliquée puisqu'elle même est traversée dans sa composition par cette coupure conflictuelle et irréductible entre les deux communautés. Ainsi, loin de s'identifier à un lieu d'expression privilégié du consensus national canadien, le tribunal suprême d'Ottawa ne fait que révéler la dimension de ce conflit dans ses tentatives d'arbitrage du fédéralisme de 1867.

On réalise donc que tout activisme jurisprudentiel trop radical de la Cour Suprême du Canada risque de l'embourber dans un terrain socio-politique aussi défoncé. Certes, la haute juridiction canadienne a manifesté dans certains domaines, notamment en matière de libertés fondamentales, un comportement jurisprudentiel de coloration activiste. Toutefois, une telle attitude n'a été rendue possible que parce qu'elle correspondait à la formation d'un certain consensus de base en la matière. Au coeur d'un environnement sans cesse en butte aux dissensions entre les deux communautés, le haut tribunal canadien ne peut maintenir un semblant de crédibilité que par une constante auto-limitation de son ouverture jurisprudentielle.

Sans vouloir, en définitive, nier l'indéniable influence de la Cour Suprême des Etats-Unis sur son homologue canadienne, la structure non constitutionnelle de cette dernière comme l'incohérence du tissu social canadien forment autant d'obstacles majeurs sur le chemin d'une "américanisation" sensible du tribunal suprême canadien.

Paragraphe 2 - Les bases jurisprudentielles de l'autorité de la Cour Suprême des Etats-Unis

Forte de son assise constitutionnelle, la Cour Suprême des Etats-Unis a gagné une grande autorité en établissant de toute pièce un contrôle de constitutionnalité. En effet, la constitution de 1787 ne prévoyait pas expressément un tel contrôle. A la différence de la Cour Suprême du Canada qui, dès

(1) FOWLER D. : "The Canadian Bill of Rights - a compromise between parliamentary and judicial supremacy", op. cit., p. 745.

le début de sa création, demeura soumise à la tutelle du Comité Judiciaire, la haute instance américaine mit sur pied très rapidement un contrôle de constitutionnalité et s'imposa par là-même comme l'arbitre indiscutable du système fédéral américain (1).

A - L'origine du contrôle de constitutionnalité

Le pouvoir de contrôle constitutionnel reste une création purement jurisprudentielle dans la mesure où le tribunal suprême américain se l'est, en fait, octroyé (2). Un tel contrôle est apparu, à cet égard, à la suite de l'initiative du juge MARSHALL en 1803 dans l'affaire *Marbury v. Madison*. Dans cet arrêt célèbre, ce juge estima qu'il revenait au pouvoir judiciaire de réprimer les atteintes au fédéralisme. En se référant à la suprématie de la constitution et en concluant que le devoir de la Cour était de faire respecter le droit et de protéger la constitution, le "chief Justice" venait d'inventer un contrôle juridictionnel du système fédéral.

Si la légitimité d'un tel contrôle fut contestée à ses débuts, sa légalité aujourd'hui ne fait plus aucun doute et constitue l'un des éléments les plus importants du régime politique américain.

Par le pouvoir du contrôle de constitutionnalité, la Cour Suprême des Etats-Unis s'arrogeait ainsi le droit de vérifier la conformité des lois et actes gouvernementaux avec la constitution de 1787. Reconnue comme arbitre ultime des conflits constitutionnels, le haut tribunal élargissait considérablement, par le biais de ce contrôle, son influence sur l'évolution du fédéralisme américain (3).

(1) cf. SCHUBERT G. : "The political role of the courts : judicial policy-making", Scott, Foresman and Company, 1965, p. 9.
cf. ibid. : McCLOSKEY R.G. : "La Cour Suprême des Etats-Unis", Paris, 1965.

(2) MATHIOT A. souligne à cet égard : "On discute toujours la question de savoir si ce contrôle de constitutionnalité avait été envisagé par les auteurs de la Constitution. On ne peut pas le démontrer, mais il semble bien, d'après ce que l'on sait des travaux, que l'éventualité en avait été considérée et que certains des membres réunis à Philadelphie voyaient dans ce contrôle une protection possible, par le judiciaire, contre l'arbitraire éventuel du Congrès et des législatures des Etats", ("La vie politique aux Etats-Unis", Cours de Droit, I.E.P., Fascicule III, Paris, 1969-70, p. 403-404).

(3) MATHIOT A. : "Ce pouvoir général est aussi un pouvoir essentiel. Certes, son utilisation a été le plus souvent modérée ; mais lorsqu'il se manifeste il fait preuve d'une grande efficacité", ("La vie politique aux Etats-Unis", op. cit., p. 405).

Au Canada, en revanche, il s'avère difficile de parler de suprématie judiciaire du tribunal suprême dans la mesure où son pouvoir de contrôle de la validité

B - Les conséquences du contrôle de constitutionnalité

L'étendue du contrôle de constitutionnalité a conféré à la Cour Suprême des Etats-Unis une dimension politique exceptionnelle. D'aucuns ont pu parler de gouvernement des juges tant l'influence de la Cour fut considérable dans le domaine du partage des compétences gouvernementales. Le juge en chef HUGHLES ne déclarait-il pas que la constitution américaine est avant tout "(...) ce que les juges disent qu'elle est" (1). Cette stature politique de la haute juridiction américaine s'est consolidée à travers une grande latitude en matière d'interprétation qui a permis d'adapter le document constitutionnel de 1787 aux transformations de la société américaine (2).

L'activisme jurisprudentiel de la Cour Suprême des U.S.A. ne fut toutefois pas homogène. Le cheminement jurisprudentiel du tribunal suprême américain passa, en effet, tant par des phases conservatrices que progressistes. A cet égard, l'on observe que si par le passé, la Cour Suprême s'est déclarée violemment hostile à la politique économique et sociale du gouvernement fédéral (3), elle s'est tournée depuis la fin de la deuxième guerre mondiale vers une orientation jurisprudentielle plus libérale dans le domaine politique (4).

...

constitutionnelle des lois et décisions gouvernementales demeure amoindri par la souveraineté parlementaire. (cf. BROSSARD J. : "La Cour Suprême et la constitution - le forum constitutionnel du Canada", op. cit., p. 151).

(1) Adresses (N. Y. 1908).

(2) cf. BROSSARD J. : "Le rôle joué par la Cour Suprême dans l'évolution constitutionnelle et même socio-politique des Etats-Unis s'est avéré d'une extrême importance à l'égard de son pouvoir de contrôle", ("La Cour Suprême et la constitution - le forum constitutionnel du Canada", op. cit., p. 63).

(3) En 1935 et 1936, la majorité des juges de la Cour Suprême devait déclarer inconstitutionnelles plusieurs lois sociales adoptées par le gouvernement ROOSEVELT dans le cadre du New Deal.

(4) Avec la nomination d'Earl WARREN à la haute juridiction américaine en 1953, celle-ci rendit une série de décisions favorables aux libertés publiques. Ainsi, dans l'arrêt Brown du 17 mai 1954, condamna-t-elle en matière d'égalité raciale la doctrine "séparés mais égaux". De même, avec l'arrêt Baker v. Carr, elle s'opposa en 1962 aux découpages électoraux arbitraires.

SECTION II - LES HANDICAPS JURISPRUDENTIELS DE LA COUR SUPREME DU CANADA VIS A VIS DE LA COUR SUPREME DES ETATS-UNIS

Défavorisée sur le plan constitutionnel, la haute juridiction canadienne avait-elle néanmoins les moyens jurisprudentiels de mener, à l'instar du tribunal suprême américain, une interprétation pareillement activiste ?

A cet égard, d'aucuns n'ont pas manqué de faire le rapprochement entre l'ouverture vers un plus grand activisme jurisprudentiel de la Cour Suprême du Canada et l'exemple de son homologue américaine. De fait "Influencée comme elle l'a été d'une manière si vigoureuse dans les années récentes quant à l'acceptation d'un rôle de "policy making" conscient dans l'interprétation constitutionnelle (...)" (1), le haut tribunal canadien s'est indubitablement départi d'un certain juridisme pour appréhender d'une façon plus politisée la réalité constitutionnelle canadienne.

Aussi y a-t-il lieu de conclure, tout au moins à l'heure actuelle, à une relative "américanisation" de la démarche jurisprudentielle de la Cour Suprême canadienne. C'est dire qu'en écartant beaucoup plus que par le passé les canons de l'interprétation positiviste, "la Cour Suprême a tendu (...) à suivre la pratique de la Cour Suprême des Etats-Unis" (2). Cette prégnance américaine sur le comportement du tribunal canadien de dernière instance ne peut tendre qu'à accentuer l'ambiguïté du rôle de ce dernier dans le cadre du fédéralisme canadien. En effet, poussée par l'influence de la Cour Suprême des Etats-Unis dans les sentiers de l'activisme judiciaire, la Cour Suprême du Canada risque de briser le fragile équilibre entre la composante parlementaire et la composante fédérale qui sous-tendent toutes deux la structure constitutionnelle du Canada.

En s' "américanisant", le haut tribunal canadien contribue implicitement à l'américanisation du régime fédéral canadien par un renforcement des prérogatives du pouvoir judiciaire. En développant ainsi une approche jurisprudentielle plus activiste et par là-même plus politisée, la haute juridiction canadienne déforme la conception originale du fédéralisme canadien en outrepassant son rôle traditionnel :

(1) McWHINNEY E. : "Pluralistic federalism in Canada", op. cit., p. 45.

(2) STANLEY G.F.G. : "A short history of the canadian constitution", op. cit., p. 170.

cf. Ibid. : OUELLETTE Y. : "(...) la Cour Suprême du Canada s'oriente lentement vers une interprétation dite fonctionnelle et réaliste des questions constitutionnelles, vers un activisme judiciaire assez semblable à celui de la Cour Suprême des Etats-Unis (...)", ("La Cour Suprême du Canada en tant qu'institution politique", op. cit., p. 46).

"De plus en plus, note le professeur RUSSELL, durant la dernière décennie, notre image de ce qu'une Cour Suprême nationale fait et ce qu'elle doit faire s'est américanisée. Un filtre américain a supplanté un filtre anglais avec pour résultat la difficulté à percevoir la Cour Suprême du Canada dans ses propres termes" (1).

Dès lors, une telle mutation du type d'interprétation jurisprudentielle du haut tribunal canadien pourrait provoquer une redistribution des pouvoirs au sein de la structure fédérale canadienne :

"(...) il semble bien que s'il n'y a pas de changement dans nos institutions, influencés par le mimétisme que nous pratiquons facilement à l'égard des Etats-Unis, nous nous engageons de plus en plus dans une sorte de néo-fédéralisme engendré par notre tribunal suprême et qui serait une sorte de gouvernement par les juges" (2).

Si ce danger de voir le fédéralisme canadien dénaturé par un éventuel débordement d'activisme jurisprudentiel du tribunal suprême nous semble fondé, il ne nous apparaît pas toutefois envisageable dans l'immédiat. En effet, deux hypothèques majeures tendent encore à retenir la Cour Suprême du Canada dans ses velléités d'activisme judiciaire. Il s'agit d'une part pour le haut tribunal canadien de lever l'hypothèque de la règle du stare decisis et d'autre part pour le gouvernement fédéral de lever l'hypothèque de la constitutionalisation de la Déclaration canadienne des droits.

Paragraphe 1 - L'hypothèque de la règle du stare decisis

Sans nul doute, l'inobservation de la règle du stare decisis s'est révélé être un des ressorts essentiels de la politisation du rôle de la Cour Suprême des Etats-Unis. En effet, si les tribunaux inférieurs américains sont liés par les décisions du haut tribunal, celui-ci ne l'est pas pour ses propres décisions. Même si dans la pratique, le tribunal suprême des Etats-Unis respecte assez souvent la règle du précédent judiciaire, il n'est cependant pas tenu de s'y soumettre en matière constitutionnelle. A cet égard, les juges STONE et CARDOZO soulignaient que "la doctrine du stare decisis, pourtant appropriée et même nécessaire parfois, a seulement une application limitée dans le champ du droit constitutionnel" (3).

(1) RUSSELL P.H. : "The political role of the supreme court of Canada in its first century", op. cit., p. 576.

(2) BONENFANT J.C. : "La Cour Suprême et le partage des compétences", op. cit., p. 23.

(3) St Joseph Stockyard Co v. United States (1936) 298 U.S. 38, p. 94.

Dans ce domaine, il est vrai, les juges de la Cour Suprême n'ont pas hésité à se contredire plus d'une fois en renversant leurs décisions antérieures. Si les uns ont pu s'élever contre une telle inconsistance jurisprudentielle génératrice d'incertitude, d'autres en revanche se félicitent de la souplesse jurisprudentielle qu'en retire la Cour lui permettant d'adapter la constitution américaine aux situations nouvelles. C'est dire qu'en aucun cas la règle du *stare decisis* ne saurait être source de rigidité :

"Le *stare decisis*, déclarait le juge BRANDEIS, n'est pas (...) un commandement universel, inexorable. La règle du *stare decisis*, bien que tendant à la consistance et à l'uniformité de la décision, n'est pas inflexible. Qu'on la suive ou qu'on l'écarte est une question qui relève totalement de la discrétion de la cour (...) " (1).

Refusant, dès lors, de s'enchaîner à la règle du *stare decisis* en matière constitutionnelle (2), la haute juridiction américaine s'est ainsi gardée les mains libres pour modifier sa jurisprudence au fur et à mesure de l'évolution politique et sociale. C'est, en vérité, à travers ce pouvoir d'adaptation jurisprudentielle que réside la capacité politique du tribunal suprême des U.S.A. (3).

Tant les milieux politiques que juridiques attendaient de voir non sans impatience quelle serait en 1949 l'attitude de la Cour Suprême du Canada à l'endroit de la règle du *stare decisis*. Or, à la différence de son homologue américaine, le haut tribunal canadien n'a pas manifesté la même vigueur pour se dégager de la rigidité du précédent judiciaire. Depuis quelques trente années, ce dernier, sans être ligoté par la règle du *stare decisis*, en a fait référence d'une manière générale. Cela explique dans une large mesure la prédominance d'un positivisme jurisprudentiel dans l'interprétation de la Cour et ses moindres pouvoirs d'adaptation du fédéralisme canadien à l'évolution contemporaine. Une telle attitude ne saurait être considérée comme figée puisque l'on observe depuis quelques années certaines brèches jurisprudentielles dans le mur du *stare decisis*. C'est dire qu'il y a tout lieu de penser que nous assistons à un desserrement progressif de l'étau du *stare decisis* par la Cour Suprême du Canada.

(1) *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.* (1932) 285 U.S. 393, p. 405.

(2) cf. LASKIN B. : "La Cour Suprême des Etats-Unis (...) s'est refusé à accorder au *stare decisis* rien de plus qu'une application limitée dans les causes constitutionnelles (...)" ("The supreme court of Canada : a final court of and for Canadians", op. cit., p. 1074).

(3) cf. BROSSARD J. : "La Cour Suprême et la Constitution - le forum constitutionnel du Canada", op. cit., p. 58.

Il conviendra, à cet égard, d'analyser les jalons du processus de marginalisation du stare decisis avant d'en apprécier la valeur.

A - Les jalons du processus de marginalisation de la règle du stare decisis

Il s'agissait de savoir si la haute juridiction canadienne se considérait en 1949 toujours liée par les décisions du Comité Judiciaire londonien. Or, on a beau dépouiller toute la jurisprudence de la Cour Suprême depuis cette date, on ne trouve aucune déclaration de principe claire sur cette question. Ainsi en l'absence "(...) sur ce point d'aucune réponse précise de la Cour Suprême elle-même" (1), doit-on s'en remettre à une analyse méthodique des décisions de la Cour Suprême. Le peu de loquacité de la haute juridiction canadienne en l'espèce se trouve d'autant plus chargé d'incertitude que depuis l'abolition des appels au Comité Judiciaire aucun arrêt cardinal n'a tranché définitivement le problème (2).

Toute hésitante qu'elle soit, l'attitude jurisprudentielle du tribunal suprême canadien vis-à-vis du stare decisis a participé d'une certaine évolution depuis 1949. D'une position initialement respectueuse du précédent judiciaire, la Cour Suprême s'en est progressivement et de façon pragmatique détachée. En prenant, dès lors, ses distances à l'endroit de la doctrine du précédent sans en consommer officiellement la rupture, le haut tribunal canadien s'est jusqu'à l'heure actuelle maintenu dans une situation intermédiaire pour le moins floue.

Aussi nous faudra-t-il décrire dans quelle mesure la Cour Suprême a-t-elle glissé d'une vénération de la règle du stare decisis à une désacralisation sensible de celle-ci.

1 - La vénération de la doctrine du précédent judiciaire

Au préalable il y a lieu de remarquer que la haute juridiction canadienne s'est toujours déclarée liée par ses propres décisions antérieures

(1) HUBBARD H.A. : "Le processus judiciaire du "common law" ", R.B., 1968, vol. 28, p. 10.

(2) cf. STRAYER R.W.J. : "A study of the supreme court of Canada as an institution of constitutional law reform", op. cit., p. 17.

en matière de droit public. Plusieurs fois, depuis le début de sa carrière judiciaire, réaffirma-t-elle son respect à l'égard de ses décisions antérieures. Ainsi, dès 1909, la Cour Suprême devait établir ce que d'aucuns ont qualifié de "règle stricte du précédent" (1). Dans l'arrêt délébre *Stuart v. Banque de Montréal*, le juge ANGLIN décrivait, en effet, clairement le cadre dans lequel la règle du précédent judiciaire devait s'inscrire eu égard aux propres décisions du tribunal suprême. En la circonstance, il estimait "qu'il est de la plus haute importance que les gens puissent savoir avec certitude ce qu'est la loi et ce but peut seulement être atteint par une adhésion loyale à la doctrine du *stare decisis*" (2). Toutefois, le savant juge tempérerait cette déclaration de principe par la précision suivante :

"(...) nous ne devrions pas, à mon avis, maintenant hésiter à préciser que, dans d'autres causes, à moins peut-être dans des circonstances très exceptionnelles, un délibéré antérieur et une décision définitive de cette cour seraient considérés comme contraignants" (3).

Cette affirmation se révélait d'une grande importance dans la mesure où elle permettait de situer sans ambiguïté la Cour Suprême dans ses rapports avec le *stare decisis*. De fait on savait maintenant avec ce jugement que la haute cour s'estimait "(...) strictement liée par ses propres décisions, saus "circonstances exceptionnelles" " (4). Ultérieurement, la Cour eut à nouveau l'occasion de revenir sur la question du *stare decisis* (5) pour réitérer son attachement à sa jurisprudence passée "dans le cours normal des choses" (6). On retrouve une semblable attitude de la haute juridiction dans des arrêts subséquents à 1949. Ainsi dans la décision *Rowe v. le Roi*, le juge CARTWRIGHT déclarait, dans une opinion dissidente toutefois : "Nous sommes naturellement liés par ce jugement (...)" (7). De même dans l'arrêt *Robert v. Marquis & Lussier*, le juge KERWIN rappelait que "(...) la Cour est liée par sa propre décision antérieure" (8).

(1) MacGUIGAN M. R. : "Precedent and policy in the supreme court", R.B.C. 1967, vol. 45, p. 638.

(2) *Stuart v. Banque de Montréal* (1909) R.C.S. 516, p. 549-550.

(3) *Ibid.*, p. 549.

(4) BRUN H. & TREMBLAY G. : "Droit Public Fondamental", op.cit., p. 23-24.

(5) cf. *Shavinigan Hydro Electric Co. v. Shavinigan Water and Power Co.* (1910) R.C.S. 650, p. 654.

(6) *Ville de Montréal v. Dupré* (1924) R.C.S. 246, p. 256.

(7) *Rowe v. le Roi* (1951) R.C.S. 713, p. 723.

(8) *Robert v. Marquis & Lussier* (1958) R.C.S. 20, p. 22.

Cependant, le problème devenait plus délicat lorsque accédant en 1949 à la magistrature suprême, la haute cour hérita de l'énorme bagage jurisprudentiel du Comité Judiciaire. Avait-elle à se soumettre aux décisions de son prédécesseur londonien ou au contraire choisirait-elle de s'en délier ? De ces deux options, la première prévalut nettement dès 1951 :

"Il est fondamental pour la bonne administration de la justice que l'autorité des décisions soit scrupuleusement respectée par toutes les cours sur lesquelles elles sont liées. Sans cette adhésion unanime et consistante, l'administration de la justice devient désordonnée, la loi devient incertaine et la confiance du public en elle est minée. Rien n'est plus important que ce que la loi comme prononcé, incluant l'interprétation par cette Cour des décisions du Comité Judiciaire, devrait être accepté et appliqué comme notre tradition le requiert ; et même au risque de cette faiblesse à laquelle tous les juges sont sujets, nous devons maintenir l'intégrité complète de parenté entre les cours" (1).

L'orthodoxie de ce jugement quant à l'utilisation de la règle du *stare decisis* désappointa vivement ceux qui espéraient voir la Cour Suprême se dégager rapidement de l'emprise jurisprudentielle du tribunal londonien. Pour beaucoup l'attitude affichée, en la circonstance, par la Cour de vouloir "(...) suivre dans son rôle d'arbitre ultime des questions constitutionnelles canadiennes l'exemple restrictif établi par son prédécesseur (...) (était) affligeant" (2).

Cette acceptation sans réserves de la doctrine du précédent judiciaire demeure compréhensible. En effet, la Cour Suprême, toute fraîchement tirée de l'ombre, ne pouvait décemment contester aussi rapidement les décisions du Comité Judiciaire. Les années suivantes, on observe néanmoins un certain flottement dans les milieux juridiques canadiens vis-à-vis du *stare decisis*. Ce n'est plus la révérence inconditionnelle d'antan. On discernerait plutôt une réelle indécision, voire une prudence consommée des juges canadiens dans leurs allusions à la règle du *stare decisis* (3).

Certes l'idole reste toujours vénérée mais un sourd travail de sape commence à faire son oeuvre.

(1) Woods manufacturing Co. Ltd v. le Roi (1951) R.C.S. 504, p. 515.

(2) BALLEM J.B. : "A note on the approach of Supreme court of Canada to the B.N.A. Act", op. cit., p. 79.

(3) cf. le juge THORSON de la Cour de l'Echiquier dans l'arrêt la Reine v. Supertest petroleum Corp. Ltd. (1954) C.E.C., 3 D.L.R. 245, p. 251.

2 - La désacralisation de la doctrine du précédent judiciaire

Grande fut la joie des abolitionnistes lorsqu'en 1957, la haute juridiction canadienne, par la voix du juge RAND, osa piétiner ce qu'elle avait jusqu'à présent magnifié. De fait, dans le Renvoi relatif aux questions soumises au sujet de la loi de mise en marché, la Cour devait manifester "le rejet le plus franc du stare decisis (...)" (1) dans le domaine constitutionnel :

"Les compétences du présent tribunal dans l'exercice de sa juridiction sont aussi vastes et importantes que celles qu'exerçait autrefois le Comité Judiciaire à l'égard du Canada. Il est arrivé à l'occasion que le Comité ait modifié les formulations dont il avait fait usage tant dans l'attribution des compétences législatives aux termes des diverses catégories des articles 91 et 92 que dans ses formulations d'interprétation générale : on doit recourir à cette attitude caractéristique de l'exercice du pouvoir judiciaire avec la même autorité et de la même manière, chaque fois qu'il est nécessaire de le faire en révisant ou en réitérant les formulations que comportent les précédents judiciaires. Il s'agit là d'une tâche inhérente au processus des décisions d'ordre constitutionnel. Il ne s'agit pas de s'écarter des principes fondamentaux régissant le partage des juridictions : il s'agit plutôt d'une interprétation plus poussée tenant compte des caractéristiques et des aspects particuliers et muables propres aux questions que comporte de façon inévitable l'intense et puissante activité de ce pays (...)" (2).

Par de tels propos, le haut tribunal canadien sautait le pas. Le legs jurisprudentiel du Comité londonien n'était plus désormais intouchable mais pouvait être remise en cause selon les circonstances. Saluée comme un "cri triomphant" (3), cette désacralisation du stare decisis remplit d'aise ceux qui incitaient depuis toujours la Cour Suprême à faire preuve d'une véritable indépendance jurisprudentielle. Indubitablement, si l'on s'en tient aux déclarations du juge RAND, le tribunal suprême canadien entendait dorénavant contempler la règle du précédent judiciaire à l'intérieur d'un cadre précis (4). A cet égard, cet arrêt de 1951 consacrait la banalisation du stare decisis qui basculait de son piédestal. Le temps était déjà loin où la Cour Suprême se cantonnait

(1) LASKIN B. : "Canadian constitutional law - cases, text and notes on distribution of legislative power", 1969, 3 ed. révisée, p. 193.

(2) Renvoi relatif aux questions soumises au sujet de la loi de mise en marché (1957) R.C.S. 198; p. 212.

(3) JOANES A. : "Stare decisis in the supreme court of Canada", op. cit., p. 175.

(4) cf. SEYFFERT R.W.J. : "A study of the supreme court of Canada as an institution of constitutional law reform", op. cit., p. 36.

dans "une adhésion trop rigide au principe du stare decisis" (1). D'une certaine manière, le juge RAND tournait la page.

Les adversaires du stare decisis avaient sans nul doute gagné une bataille : en brisant cette barrière psychologique importante, le juge RAND ouvrait toutes grandes les portes à "(...) une jurisprudence canadienne plus distincte" (2) que par le passé. Si une telle perspective n'a pu que réjouir les partisans d'un abandon de la jurisprudence provincialiste du tribunal londonien, elle plongeait dans l'inquiétude ceux qui redoutaient une bifurcation centralisatrice de l'interprétation de la Cour Suprême (3).

Toutefois, la guerre menée contre le stare decisis n'était pas terminée. Certes, l'ouverture de 1957 condamnait toute "(...) application rigide du stare decisis" (4) mais toute prometteuse qu'elle était pour l'avenir, elle ne tranchait rien de décisif. Dix ans plus tard, le professeur MacGUIGAN soulignait que "la question du stare decisis n'a pas encore été posée par la Cour Suprême (...)" (5). De fait, tout laisse à penser que malgré le nouvel éclairage apporté par le juge RAND, le problème de fond n'ait pas été vraiment abordé par la Cour Suprême. Le coup de tonnerre de 1957 dans le ciel jurisprudentiel du haut tribunal ne semble pas avoir apporté le clair rayon de soleil sur la question du stare decisis.

Lancés trop tôt, les propos du juge RAND révélaient à l'époque une certaine immaturité de la Cour Suprême à régler définitivement la question de savoir si le stare decisis devait être ou non abandonné. Ainsi, depuis lors, a-t-on le sentiment que la haute Cour refuse de s'engager sur le terrain pour le moins mouvant de la doctrine du précédent. On attendait, au cours des années 1960, une clarification nette sur le problème ; on ne recueille seulement que des bribes de réponse parcellaires et officieuses.

(1) RUSSELL P.H. : "The supreme court of Canada as an bilingual and bicultural institution", op. cit., p. 55.

(2) RUSSELL P.H. : *ibid.*, p. 56.

(3) cf. TREMBLAY A. : "L'interprétation raffinée dont parle le juge RAND ne peut être rien d'autre qu'une attitude libérale vis-à-vis de l'Acte de 1867 et un souci moins grand des formules d'interprétation léguées par le Comité (...). L'interprétation raffinée prônée par le juge RAND peut conduire à l'attribution au fédéral de compétences législatives dans les matières jugées non locales". ("Les techniques d'interprétation des constitutions", op. cit., p. 64).

(4) MacGUIGAN M.R. : "Precedent and policy in the supreme court", op. cit., p. 647.

(5) MacGUIGAN M.R. : *ibid.*

Ainsi, dans l'arrêt *Reine v. C.W. George*, le juge CARTWRIGHT déclarait dans son opinion dissidente :

"Je ne propose pas d'aborder la question, qui depuis 1949 a été soulevée de temps à autre par les auteurs, si cette cour maintenant qu'elle est devenue Cour d'appel de dernier ressort pour le Canada est, comme c'est le cas de la Chambre des Lords, liée par ses propres décisions antérieures sur les questions de droit ou si, comme dans le cas du Comité Judiciaire ou la Cour Suprême des Etats-Unis, elle est libre dans certaines circonstances de les reconsidérer" (1).

Se défiant de toute réponse globaliste, la Cour Suprême semble lui préférer une approche pragmatique et ponctuelle à l'endroit du *stare decisis* : si elle n'entend pas formellement rejeter cette règle, elle considère cependant pouvoir l'écarter quand certaines circonstances l'exigent :

"Je ne mets pas en doute le pouvoir de cette Cour de s'écarter de l'un de ses jugements antérieurs, mais (...) dans les causes où le Parlement ou la législature sont libres d'altérer la loi décidée, je pense qu'un tel écart ne devrait se faire seulement que pour des raisons contraignantes" (2).

En réglant son attitude vis-à-vis du *stare decisis* eu égard aux circonstances, la haute juridiction développe une conception fonctionnelle de l'interprétation jurisprudentielle : c'est le contexte politico-juridique qui déterminera la confirmation ou l'infirmité de la règle du précédent judiciaire. C'est dire que loin d'avoir une conception d'ensemble cohérente de la question, la Cour s'en remet à une interprétation finaliste, circonstancielle de la doctrine du *stare decisis*.

Cette fonction finaliste de l'utilisation du *stare decisis* transparaît dans l'arrêt *Lavell*. Le juge PIGEON, dans cette affaire, "(...) visiblement inquiet par le *stare decisis*" (3) notait :

"La difficulté que j'éprouve vient de l'opinion fortement motivée de M. le juge LASKIN selon laquelle, à moins que nous nous écartions de ce que la majorité a décidé dans l'affaire *Drybones*, les présents pourvois devraient être rejetés" (4).

(1) *La Reine v. C.W. George* (1966) R.C.S. 267, p. 278.

(2) *H. Binus v. la Reine* (1967) R.C.S. 594, p. 601.

(3) BEAUDOIN G.A. : "La Cour Suprême et la protection des droits fondamentaux", op. cit., p. 701.

(4) *Procureur Général du Canada v. Lavell* (1974) R.C.S. 1349, p. 1372.

De son côté, le juge en chef LASKIN, qui ne siégeait pas dans l'arrêt Drybones, devait se désolidariser du juge PIGEON en avançant l'argument suivant :

"(...) A mon avis, à moins que nous devions nous écarter de ce qui a été dit dans l'affaire Drybones, les deux appels qui sont maintenant devant nous doivent être rejetés (...). Je n'ai aucune inclination à rejeter ce qui a été décidé dans l'arrêt Drybones" (1).

Pour le juge en chef LASKIN, le respect du stare decisis obligeait le haut tribunal à respecter sa jurisprudence antérieure de l'arrêt Drybones. Ce n'est pas que celui-ci voue à la règle du précédent judiciaire une profonde déférence. L'opinion du juge en chef LASKIN se justifie à notre avis par le fait que l'observation de la doctrine du précédent judiciaire s'avérait un moyen de consolider la percée, selon lui courageuse, de la jurisprudence Drybones. C'est dire qu'à travers une pareille approche, il importe d'analyser pourquoi dans telle circonstance le stare decisis se voit rejeté par la Cour et dans telle autre il est appliqué.

On réalise, dès lors, que ce suivisme conjoncturel des juges à l'égard du stare decisis cachait mal l'absence d'une approche théorique d'ensemble de la Cour Suprême vis-à-vis de cette question. Pourtant avec la nouvelle nomination du juge LASKIN au rang de juge en chef de la haute juridiction, une mutation jurisprudentielle semble s'opérer en ce domaine. Farouchement convaincu de l'inutilité du stare decisis (2), l'actuel juge en chef s'est efforcé de rallier les autres membres de la Cour à ses positions.

La tâche ne fut pas facile. Dans l'arrêt *Harrison v. Carswell*, le juge en chef LASKIN mesurait les profondes résistances de ses collègues. Posant "(...) la question de savoir si cette Cour doit se référer automatiquement au stare decisis (...)" (3), celui-ci répondait dans son opinion minoritaire :

(1) Ibid., p. 1375.

(2) Il faut remarquer cependant que le juge LASKIN, du temps qu'il siégeait à la Cour Suprême de l'Ontario, n'avait pas toujours les mêmes convictions : "(...) il peut être imprudent de refuser de suivre une décision antérieure (...) lorsque cette décision a été entérinée depuis de nombreuses années sur le même fond de circonstances (...)" (*Delta Acceptance Corporation Ltd v. Redman* (1966) C.S.O., D.L.R. 481, p. 495). Toutefois ce dernier regrettait que la Cour Suprême du Canada continue après 1949 à respecter trop strictement la règle du stare decisis (cf. "The British tradition in canadian law", London, Stevens & sons, 1969, p. 62).

(3) (1976) R.C.S. 200, p. 202.

"Cette Cour, plus que toute autre dans ce pays, ne peut pas appliquer simplement de façon automatique la jurisprudence antérieure, quelque soit le respect qu'elle lui porte" (1).

De même, avec l'affaire Murdoch (2), le juge en chef LASKIN devait essuyer une nouvelle défaite personnelle. En effet ses arguments ne furent pas suffisamment convaincants pour empêcher le tribunal suprême de tomber dans une "(...) adhésion servile au précédent (...)" (3). Cependant, ce dernier prenait une éclatante revanche dans la décision Vapor Canada (4) en réussissant à faire admettre à la majorité de la Cour la nécessité d'une réelle indépendance jurisprudentielle. Les observateurs ne s'y sont pas trompés : cet arrêt marque la fin d'une longue période d'atermoiements de la haute juridiction quant à la question du stare decisis :

"Il y a eu depuis 1949 quelques suggestions pour que la Cour Suprême du Canada dispose du pouvoir de s'écarter de ses décisions antérieures ainsi que de celles du Conseil Privé, mais l'arrêt Vapor est la confirmation la plus claire et la plus autorisée de ce pouvoir" (5).

Bien qu'il soit prématuré de déterminer si l'arrêt Vapor restera une décision de principe en la matière, force est de constater qu'il couronne tout un effort orienté vers un desserrement de l'emprise du stare decisis sur le libre arbitre jurisprudentiel du haut tribunal canadien.

B - La valeur du processus de marginalisation de la règle du stare decisis

Quelques trente années après son accession au rang suprême, la haute juridiction canadienne ne semble pas avoir réellement surmonté l'handicap jurisprudentiel de la règle du stare decisis. Certes une profonde évolution s'est opérée dans l'attitude de la Cour et la doctrine du précédent judiciaire ne régent plus comme avant la jurisprudence du tribunal suprême. De fait, la décision de 1957 comme celle de 1976 sont autant de dates charnières qui ont

(1) Ibid., p. 205.

(2) Murdoch v. Murdoch (1975) R.C.S. 423.

(3) DOERING L. : "Murdoch v. Murdoch and the law of constructive trusts", op. cit., p. 590.

(4) MacDonald et al. v. Vapor Canada ltd et al. (1976) 22, C.P.R. (2d) 1, p. 27.

(5) HOGG P.W. : "Constitutional law - trade marks Act's unfair competition provisions - criminal law and civil remedy - trade and commerce - treaty - stare decisis", op. cit., p. 370.

permis à la Cour Suprême de relativiser graduellement les contraintes du stare decisis. Ainsi, le haut tribunal n'entend-il plus être prisonnier d'un tel carcan mais préfère s'en tenir à une conduite jurisprudentielle dictée par une "conception flexible et imaginative de la doctrine du précédent" (1).

Est-ce à dire que la doctrine du stare decisis n'aura, à l'avenir, aucune incidence sur l'interprétation de la Cour Suprême ? Rien n'est moins sûr. Si le stare decisis n'est plus assimilé à un verrou jurisprudentiel ou à "(...) un article de foi pour la Cour Suprême du Canada, (...) il reste encore là un puissant principe" (2). On n'en a que pour preuve la tradition d'un néo-positivisme jurisprudentiel qui reste encore vivace dans la démarche interprétative de la haute Cour. Car, si beaucoup de chemin a été parcouru par le tribunal canadien pour se dégager du stare decisis, une certaine évolution reste à accomplir avant que la Cour puisse se trouver dans une situation comparable à celle de son homologue américaine. Seule une neutralisation claire et irréversible de la doctrine du précédent judiciaire pourrait permettre à la haute juridiction canadienne de s'orienter plus loin encore sur la voie de l'activisme jurisprudentiel.

D'aucuns ont, à cet égard, saisi l'enjeu du problème. Leur mot d'ordre commun se ramène à minimiser sinon à discréditer la portée du stare decisis. Pour les uns, toutefois, il s'agit de procéder avec discernement. La Cour Suprême pourrait ainsi "(...) sans rompre directement avec la règle du précédent, devenir plus créatrice en distinguant parmi les précédents ceux que les circonstances en évolution requièrent" (3). C'est aussi l'opinion du professeur LEDERMAN qui table sur la perspicacité personnelle des membres de la Cour :

"Les juges de la Cour Suprême auront à déterminer pour eux-mêmes si leur Cour est liée absolument à suivre ses propres décisions antérieures ou si elle se réserve le pouvoir de s'écarter d'elles dans des circonstances suffisamment fortes" (4).

(1) LEDERMAN W.R. : "Thoughts on reform of the supreme court of Canada", op. cit., p. 7.

(2) LASKIN B. : "The institutional character of the judge", I. L.R. 1972, vol. 7, p. 341.

(3) SMILEY D.V. : "Canada in question - federalism in the seventies", op. cit., p. 27.

(4) LEDERMAN W.R. : "The authority of English decisions in Canada", op. cit., p. 1085.

Pour d'autres, la haute cour canadienne se doit de continuer de l'avant dans sa remise en cause du stare decisis afin qu'elle "cesse de suivre automatiquement et sans recherche critique les décisions (...) du Conseil Privé (...)" (1). Ces diverses interpellations ont, sans nul doute, contribué à une reconsidération du stare decisis par la Cour Suprême. Il devient, en effet, patent que celle-ci ne s'aligne plus sur une interprétation rigide de la doctrine du précédent :

"(...) la Cour Suprême se réserve désormais le droit de réexaminer ou de revoir certaines décisions antérieures et () quelques uns de ses juges, en minorité cependant, rejettent quant à eux toute application stricte du stare decisis" (2).

L'abandon de la règle du précédent judiciaire par le Parlement de Westminster a certainement permis, à cet égard, d'accélérer la mutation jurisprudentielle en ce domaine. Lord GARDINER annonçait, en effet, le 26 juillet 1966, qu'à l'avenir la Chambre des Lords ne se considérerait plus du tout liée par ses propres décisions :

"Leurs Seigneuries reconnaissent néanmoins qu'une adhésion trop rigide au précédent peut conduire à l'injustice dans un cas particulier et également restreindre indûment le développement futur du droit. C'est pourquoi ils proposent de modifier leur pratique présente et, au lieu de traiter les décisions antérieures de cette chambre comme étant normalement liantes, de s'écarter d'une décision antérieure lorsqu'il apparaît juste de faire ainsi" (3).

Cet événement symbolique ne pouvait pas ne pas avoir de retombées dans le contexte judiciaire canadien. Il apparaissait, en effet, paradoxal pour beaucoup que la Cour Suprême du Canada continue à vouer un déférent respect au stare decisis quand ce dernier venait d'être sérieusement mis à mal par le Parlement londonien. Dès lors, face à cette nouvelle donnée, il

(1) JOANES A. : "Stare decisis in the supreme court of Canada", op. cit., p. 175-176.

cf. ibid. : SEYFFERT R.W.J. : "(...) la Cour devrait déclarer expressément qu'elle ne se sentira plus liée par les décisions antérieures", ("A study of the supreme court of Canada as an institution of constitutional law reform", op. cit., p. 17).

(2) BRUN H. & TREMBLAY G. : "Droit Public Fondamental", op. cit., p. 24.
- cf. ibid. : HALL E.M. : "Freedom under the law", op. cit., p. 105.

- cf. ibid. : FRIEDMANN W. : "Stare decisis at common law and under the Civil code of Quebec", op. cit., p. 729.

- cf. ibid. : BERAULT M. : "La Cour Suprême du Canada et le particularisme juridique du Québec", Thèse, Poitiers, 1973, p. 129.

(3) Practice statement (Judicial precedent) (1966) 1 W.L.R., p. 1234.

devenait "(...) maintenant inconcevable qu'une doctrine rigide du précédent garde une influence au Canada" (1). En tout état de cause, nul ne doutait des répercussions probables de la mesure de 1966 sur l'attitude de la haute juridiction canadienne vis-à-vis du *stare decisis* :

"Il ne sera plus longtemps possible à la Cour Suprême du Canada de se considérer liée par les décisions des plus hauts tribunaux anglais quand la Chambre des Lords elle-même a rejoint le Conseil Privé en assumant la liberté de les rejeter" (2).

Depuis l'incartade jurisprudentielle du juge RAND en 1957, l'on a assisté ainsi, à une normalisation progressive des rapports entre le tribunal suprême canadien et la doctrine du précédent judiciaire. Ce n'est pas, à l'instar de la Cour Suprême américaine, encore le divorce mais bel et bien une séparation de corps à l'amiable. N'ayant pas été à même présentement de désarmer définitivement le *stare decisis*, la Cour Suprême du Canada a tendance à recourir à une interprétation positiviste qui ne la prédispose guère à amorcer des changements constitutionnels.

Verrou à tout activisme jurisprudentiel réel, la règle du *stare decisis* constitue par là-même indirectement un blocage à toute adaptation rapide du fédéralisme canadien. De fait, la doctrine du précédent judiciaire, "(...) selon que son application est plus rigide (...) ou plus souple, peut retarder ou au contraire encourager l'évolution du droit, et de toute façon revêtir une importance considérable du point de vue de l'évolution de la constitution canadienne" (3). Facteur d'immobilisme, le *stare decisis* devenait de plus en plus contraignant pour une Cour Suprême désireuse d'infléchir l'orientation constitutionnelle de l'A.A.N.B. de 1867. Lever l'hypothèque du *stare decisis* s'avérerait, dès lors, indispensable pour que le haut tribunal canadien recouvre sa liberté d'action jurisprudentielle. Survenant dans une période d'actives transformations politiques et économiques, le délestage relatif de la doctrine du précédent judiciaire opéré par la Cour trouve sa pleine justification :

(1) MacGUIGAN M.R. : "Precedent and policy in the supreme court", op. cit., p. 658.

(2) MacGUIGAN M.R. : *ibid.*, p. 659.
cf. TRUDEAU P.E. : "(...) en 1966, la Chambre des Lords a déclaré que, tout en reconnaissant l'importance de ses décisions, elle ne les considérerait plus à l'avenir comme étant irrévocables. Nous avons donc soumis une proposition afin que la Cour Suprême ne se considère plus liée par ses décisions antérieures", ("La Constitution canadienne et le citoyen", op. cit., p. 85).
cf. *ibid.* : BRUN H. & TREMBLAY G. : "Droit Public Fondamental", op. cit., p. 282.

(3) BROSSARD J. : "La Cour Suprême et la Constitution - le forum constitutionnel du Canada", op. cit., p. 155.

contourner un principe juridique susceptible d'entraver la mise en oeuvre d'une politique jurisprudentielle rénovatrice.

Dès lors, n'y a-t-il pas lieu de s'étonner d'observer que sous le couvert d'une approche plus souple à l'endroit du *stare decisis*, la Cour Suprême du Canada se soit engagée dans des voies jurisprudentielles différentes de celles du Comité Judiciaire. De fait, depuis 1949, il semble que la haute juridiction "(...) paraît vouloir observer de moins en moins la règle du *stare decisis* et par conséquent s'éloigner de plus en plus librement de la jurisprudence établie par le Conseil Privé (...)" (1). D'aucuns, sur ce point, s'accordent à reconnaître l'ébauche d'une "(...) attitude sensiblement indépendante de la Cour Suprême vis-à-vis des décisions antérieures du Comité (...)" (2).

Manoeuvre de guerre contre la jurisprudence du tribunal londonien, le désamorçage du principe du *stare decisis* donne lieu à des appréciations diverses. Reconnaisant à la Cour Suprême le droit de renverser ou d'infléchir les décisions du Comité Judiciaire, le professeur LASKIN remarquait curieusement : "Une certaine usure de ces décisions est déjà évidente mais on ne peut être catégorique à ce sujet" (3). Si les adeptes d'une recentralisation du fédéralisme canadien ne voient dans cette usure que la rançon inévitable des nécessaires adaptations à accomplir, d'autres redoutent non sans raison que cette mise sur la touche du *stare decisis* ne prélude tôt ou tard à une rupture de l'équilibre constitutionnel canadien établi par le Comité londonien :

"Si la Cour Suprême du Canada décidait de ne pas traiter les jugements passés comme des précédents "liants", il pourrait bien se développer l'inquiétude que certains des pouvoirs qui avaient été dévolus aux Provinces leur soient à nouveau enlevés par quelque décision future de la Cour Suprême (...)" (4).

(1) BROSSARD J. : "La Cour Suprême et la Constitution - le forum constitutionnel du Canada", op. cit., p. 193.

(2) TREMBLAY A. : "Les techniques d'interprétation des constitutions", op. cit., p. 62.

- Ce n'est pas l'opinion de JOHNSTON R.E. : "Il n'y a guère de doute que les lignes de conduite du Conseil Privé sont encore acceptées aujourd'hui par la Cour Suprême", ("The effect of judicial review on federal-state relations in Australia, Canada and the United States", op. cit., p. 286).

(3) LASKIN B. : "Canadian constitutional law - cases, text and notes on distribution of legislative power", 1960, 2 ed., p. 38-39.

(4) WHITEHEAD G.R.B. : "The supreme court of Canada and the *stare decisis* doctrine", op. cit., p. 150.

En passe d'être levée, l'hypothèque du *stare decisis* pèse encore néanmoins sur la liberté d'initiative jurisprudentielle de la haute Cour canadienne. Nourri pendant des années de positivisme judiciaire, le tribunal suprême canadien assume une conversion lente mais continue dans le champ de l'interprétation jurisprudentielle. A la différence de la Cour Suprême des U.S.A. qui jouit d'une totale latitude d'action depuis longtemps, sa voisine canadienne émerge graduellement à la prise en charge de son avenir jurisprudentiel. Son détachement à l'égard du *stare decisis* en est un symptôme. Mais il reste beaucoup à faire avant que l'ombre du *stare decisis* n'ait complètement disparu de l'interprétation du haut tribunal canadien.

Paragraphe 2 - L'hypothèque de la constitutionalisation de la Déclaration canadienne des droits

A l'instar de l'abandon de la règle du *stare decisis*, la constitutionalisation de la Déclaration canadienne des droits s'avère une mesure nécessaire pour que la Cour Suprême du Canada puisse prétendre jouer un rôle politique semblable à celui de la haute juridiction américaine (1).

De fait, c'est essentiellement grâce à l'intégration de la Déclaration des droits dans la constitution de 1787 que le tribunal suprême américain s'est taillé une place considérable sur la scène constitutionnelle des Etats-Unis. En revanche, l'absence de dispositions constitutionnelles relatives aux droits fondamentaux de la personne au Canada a privé sensiblement la haute cour canadienne d'un moyen pour affirmer son autorité au sein du fédéralisme canadien :

"Le premier facteur, cependant, d'éloignement des cours au Canada du courant majeur de l'élaboration des décisions politiques s'est révélé être l'absence d'une déclaration des droits intégrée. (...) C'est cette intégration et cette codification des droits combinées à la difficulté d'amendement qui donnent à la Cour Suprême américaine tant de pouvoir et à l'inverse sensiblement moins pour les cours canadiennes" (2).

(1) cf. LASKIN B. : "Des comparaisons ne devraient pas être faites trop vite ou trop facilement avec les Etats-Unis. L'implication de ses cours et particulièrement de la Cour Suprême dans l'élaboration d'une politique sociale est le résultat de deux facteurs : premièrement les impératifs constitutionnels de la Déclaration des droits américaine (...)", ("The function of the law", op. cit., p. 120).

(2) LASKIN B. : "A judge and his constituencies", op. cit., p. 14.

C'est dire, dès lors, combien une carence constitutionnelle de cet ordre a constitué un réel handicap pour la haute instance canadienne :

"En l'absence d'une Déclaration des droits intégrée au système constitutionnel canadien, les cours canadiennes n'ont pas été disposées à exercer un rôle comparable à celui du pouvoir judiciaire américain" (1).

Toutefois ce qui peut se justifier pleinement dans un système fédéral de stricte séparation des pouvoirs comme le fédéralisme américain soulève de grandes difficultés dans un régime constitutionnel qui, à l'instar du Canada, se situe à la conjonction du fédéralisme et du parlementarisme. Décider la constitutionalisation de la Déclaration canadienne des droits ne bouleverse apparemment en rien le fédéralisme canadien mais pourtant modifie fondamentalement d'une manière indirecte les rapports de force entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif. Au cœur d'une ardente controverse l'intégration de la Déclaration des droits à la constitution de 1867 suscite, en effet, autant de séduction que d'incertitude.

A - Le choix séduisant de l'intégration

D'aucuns font valoir que "(...) le temps est venu pour le Canada d'incorporer dans sa constitution une Déclaration des droits explicite liant le Parlement de même que les législatures" (2). Ceux qui préconisent la constitutionalisation de la Déclaration de 1960 soulignent que seule une telle mesure serait de nature à conférer à ce document une autorité indiscutable. Certes depuis 1960, la Cour Suprême du Canada ne considère plus la Déclaration des droits comme un texte législatif semblable aux autres. Pourtant qualifiée de loi quasi-constitutionnelle, le texte de 1960 n'a pas réussi à faire sa percée dans le domaine de la protection des libertés publiques. Les arrêts Lavell et Canard témoignent à cet égard du peu de disposition de la Cour Suprême du Canada à prendre en considération un document qui, après tout, n'a aucune valeur constitutionnelle :

"Le fait que la Déclaration canadienne des droits ne soit pas une partie de l'A.A.N.B. a eu pour résultat dans une acceptation

(1) CHEFFINS R.I. & TUCKER R.N. : "The constitutional process in Canada", Toronto, Mc Graw Hill, 1976, 2 ed., p. 36.

(2) BREWIN A. : "The canadian constitution and a Bill of Rights", S.B.R. 1966, vol. 31, p. 250.

cf. *ibid.* : TARNOPOLSKY W.S. : "Il est important que la Déclaration canadienne des droits soit incluse dans l'Acte de l'Amérique du Nord britannique ou dans tout document constitutionnel que nous avons à l'heure actuelle", ("Témoignage devant le Comité spécial mixte sur la Constitution du Canada", *op. cit.*, p. 8).

générale que la Déclaration des droits ne fasse pas partie de notre constitution. (...) Cette vue s'est révélée un important facteur pour justifier la répugnance du pouvoir judiciaire de renverser une législation incompatible au motif qu'elle contrevient à la Déclaration canadienne des droits" (1).

Déconsidérée par des dispositions pour le moins ambiguës, la Déclaration des droits a toujours souffert de cette absence de clarté qui lui a été préjudiciable dans son interprétation par la haute juridiction canadienne. Aussi est-il indéniable que "(...) l'argument le plus fort pour intégrer une Déclaration des droits réside dans son impuissance" (2). Constitutionnaliser la loi de 1960 entraînerait certainement, pour beaucoup, une vitalisation de son impact, une régénérescence de son autorité. C'est, en substance, par son intégration à l'A.A.N.B. de 1867 "(...) lui donner cette "aura" d'importance nécessaire pour convaincre un pouvoir judiciaire hésitant (...) " (3).

De fait, la constitutionalisation de la Déclaration des droits de 1960 apparaît séduisante à plus d'un titre. Son intégration dans la constitution canadienne lui garantirait une assise permanente et stable la préservant définitivement de toute contestation judiciaire. La défense des libertés fondamentales y gagnerait à coup sûr. La constitutionalisation du document de 1960, avancent en outre ses partisans, n'attente qu'en apparence à la souveraineté parlementaire. "Le sujet de l'intégration, souligne le professeur TARNOPOLSKY, (...) ne crée pas de limitations substantives au pouvoir du Parlement mais plutôt des limitations de procédure" (4). Certes, il appartient aux parlementaires de déclarer quels sont les droits, mais estiment certains, "(...) une Cour est mieux préparée pour définir périodiquement la portée de ces droits" (5). Que l'intégration du document de 1960 permette implicitement une augmentation du judicial review de la haute Cour ne saurait, en tout état de cause, remettre en cause la suprématie parlementaire (6).

(1) TARNOPOLSKY W.S. : "A constitutionally entrenched charter of Human Rights - why now ?", S.B.R. 1968, vol. 33, p. 248.

(2) TARNOPOLSKY W.S. : *ibid.*, p. 247.

(3) TARNOPOLSKY W.S. : "The effectiveness of constitutional guarantees and other governmental declarations on human rights and fundamental freedoms", Travaux du cinquième colloque international de droit comparé, Ottawa 1967, Editions de l'Université d'Ottawa, 1968, p. 124.

(4) TARNOPOLSKY W.S. : "The canadian Bill of Rights", 1975, 2 ed, *op. cit.*, p. 141.

(5) CAVALLUZZO P.J. : "Judicial review and the Bill of Rights : Drybones and its aftermath", *op. cit.*, p. 522.

(6) TARNOPOLSKY W.S. : "(...) la révision judiciaire et la suprématie parlementaire ne sont pas nécessairement incompatibles", ("The supreme court and the canadian Bill of Rights", *op. cit.*, p. 650).

C'est d'ailleurs dans cette optique que le Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des Communes préconisait une Déclaration constitutionnelle des droits qui soit compatible avec le respect de la volonté générale :

"Les restrictions supplémentaires qu'une Déclaration constitutionnelle des droits imposerait à la souveraineté parlementaire, n'ont pas un caractère absolu mais introduisent plutôt une tension salutaire entre les deux principes fondamentaux que sont l'empire de la majorité et les droits de la minorité, de façon à réaliser entre ces intérêts divergents l'équilibre qui, selon nous, caractérise la démocratie" (1).

A la limite, il n'est pas interdit de penser, avec FOWLER, qu'une instance juridictionnelle a priori neutre politiquement se trouve plus adaptée à interpréter une Déclaration des droits même intégrée à la constitution qu'un hémicycle parlementaire bien plus perméable à la politisation (2).

Les autorités canadiennes, conscientes de la nécessité de faire reposer la protection des libertés publiques sur une Déclaration constitutionnelle des droits, lancèrent des initiatives en ce sens. Ainsi dès 1968, P.E. TRUDEAU était-il convaincu qu'il fallait "(...) dans cet Etat fédéral qu'est le Canada une seule Charte canadienne des droits de l'homme si l'on veut protéger réellement et adéquatement les droits de l'homme" (3). Le projet avorté de Charte constitutionnelle discuté à la Conférence de Victoria en 1971 incluait, à cet égard, dans ses dispositions, une déclaration constitutionnelle des droits centrée sur les droits fondamentaux classiques et les droits

(1) Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des Communes sur la Constitution du Canada, Rapport final, op. cit., p. 18-19.

(2) cf. FOWLER D. : "The canadian Bill of Rights : a compromise between parliamentary and judicial supremacy", op. cit., p. 745.

(3) TRUDEAU P.E. : "Une Charte canadienne des droits de l'homme", op. cit., p. 11.

- Plusieurs législatures provinciales ont voté des "(...) mini déclarations des droits", (LASKIN B. : "The supreme court and the protection of civil liberties : commentary" A.L.R. 1976, vol. 14, p. 136) dont la portée est purement déclaratoire :

- Province de la Saskatchewan : The Saskatchewan Bill of Rights Act, R.S.S. 1953, C. 345.

- Province de l'Ontario : Ontario Human Rights Code, 1961-1962 (Ont.), C. 93.

- Province de Québec : Loi sur les droits et les libertés de la personne (1975) 107, Gazette Officielle II 3905.

linguistiques (1).

B · Le choix incertain de l'intégration

D'aucuns, en revanche, ne voient pas sans appréhension, l'opportunité de constitutionaliser la Déclaration des droits de 1960 : "Je pense, déclare SMILEY, que constitutionnellement, l'intégration serait déplorable" (2). Les détracteurs de l'intégration de la Déclaration des droits dans l'A.A.N.B. de 1867 pensent, en effet, que les questions relatives aux libertés fondamentales sont trop politiques pour les confier à l'ordre judiciaire :

"Parce que ces décisions sont fondamentalement des décisions politiques et parce qu'elles impliquent des choix politiques, les juges imposeraient leurs valeurs et leurs préjugés personnels sur les législatures, ce qui irait souvent à l'encontre des désirs qu'expriment les gens par l'entremise de leurs représentants élus" (3).

A cet égard, on peut se demander s'il serait légitime qu'un tribunal suprême dont les membres ne sont pas élus par le peuple prenne des décisions de cet ordre à la place des parlementaires qui sont les véritables représentants de la population :

"(...) les décisions politiques devraient-elles être prises par les législateurs qui sont responsables devant le peuple ou par les juges qui n'ont pas la même responsabilité ? Cinq membres de la Cour Suprême du Canada devraient-ils avoir le pouvoir d'outrepasser les désirs des représentants élus du peuple ?" (4).

(1) Charte constitutionnelle canadienne (1971) : - Titre I - Les droits politiques :

- Art. 1 - La Constitution reconnaît et garantit à tous, au Canada, les libertés suivantes, qui sont fondamentales :

- la liberté de pensée, de conscience et de religion ;
- la liberté d'opinion et d'expression ;
- la liberté de s'assembler paisiblement et la liberté d'association.

- Art. 2 - Ni les lois du Parlement du Canada ni celles de la Législature d'une province ne peuvent supprimer ni restreindre les libertés ici reconnues et garanties.

(2) SMILEY D.V. : "Témoignage devant le Comité spécial mixte sur la Constitution du Canada", Procès-verbaux, 17 décembre 1970, fascicule n° 25, p. 9.

(3) SCHMEISER D.A. : "Témoignage devant le Comité spécial mixte sur la Constitution du Canada", op. cit., p. 8.

(4) SCHMEISER D.A. : ibid., p. 9.

- cf. du même auteur : "Disadvantages of an entrenched canadian Bill of Rights", S.B.R. 1968, vol. 33, p. 250.

Ainsi, au regard des principes du parlementarisme, il apparaît à plus d'un "(...) choquant que dans un pays démocratique "neuf vieilles personnes" nommées aient la possibilité de renverser les représentants élus du peuple" (1). L'établissement des droits fondamentaux doit, en tout état de cause, selon eux, continuer à être l'oeuvre du législateur et non des juges. Faire de la Déclaration des droits de 1960 une Charte constitutionnelle c'est contribuer à dépouiller le Parlement fédéral de ses prérogatives au profit du judiciaire :

"(...) l'intégration de la Charte dans la Constitution, remarque le professeur SCHMEISER, transfèrera des législatures aux tribunaux la responsabilité de prendre des décisions importantes d'ordre public" (2).

C'est dire que dans une telle perspective le fragile équilibre constitutionnel canadien serait mis en péril. En effet, à travers la constitutionnalisation de la Déclaration des droits, la réalité du pouvoir basculerait de l'enceinte parlementaire dans les mains de la Cour Suprême du Canada. On assisterait, dès lors, à un pas important vers une américanisation du fédéralisme canadien dans la mesure où, à l'instar de son homologue américaine, la haute juridiction canadienne deviendrait l'ultime dépositaire des libertés fondamentales. Procéder à l'élaboration d'une Charte constitutionnelle conduit inévitablement à bafouer la souveraineté législative du Parlement et par voie de conséquence à ruiner le savant dosage entre les principes du fédéralisme et ceux du parlementarisme :

"Les propositions de constitutionaliser une Déclaration canadienne des droits constituent une déviation radicale de notre pratique constitutionnelle. L'intégration signifie que le Parlement et les législatures provinciales ne seraient plus suprêmes dans leurs sphères respectives" (3).

En contribuant à purifier le fédéralisme canadien de ses éléments parlementaires, la constitutionnalisation de la Déclaration canadienne des droits ouvrirait toute grandes les portes de l'activisme jurisprudentiel à la Cour Suprême. De fait, note SCHMEISER, "si nous intégrons une Déclaration des droits, nous adoptons en fait la pratique américaine du judicial review" (4). Constitutionaliser le texte de 1960 reviendrait donc à donner à l'instance

(1) WILLIS J. : "Foreign borrowings", U. T. L. J., 1970, vol. 20, p. 281.

(2) SMILEY D. V. : "Témoignage devant le Comité spécial mixte sur la Constitution du Canada", op. cit., p. 7.

(3) SCHMEISER D. A. : "The case against entrenchment of Canadian Bill of Rights", D. L. J., 1973, vol. 1, p. 18.

(4) SCHMEISER D. A. : ibid., p. 18.

suprême canadienne les moyens de s'aligner sur la pratique jurisprudentielle de la Cour Suprême des Etats-Unis :

"Une mesure de cet ordre serait probablement un pas significatif vers l'introduction du type américain de rapport entre les cours et les législatures. A notre avis, ajoute CHEFFINS, nous ne devrions pas être trop hâtifs d'embrasser le système américain du judicial review" (1).

Naturellement, une déclaration constitutionnelle des droits ne saurait forcément entraîner un dérapage activiste de la jurisprudence de la haute cour canadienne à l'image de son aînée américaine (2). Mais le risque demeure, en tout état de cause, non négligeable (3). L'on peut dire, cependant, avec certitude qu'aussi longtemps ce handicap de la constitutionalisation de la Déclaration des droits n'aura pas été surmonté, la Cour Suprême du Canada ne pourra ambitionner une stature politique semblable à celle de la Cour Suprême des Etats-Unis (4).

Certes, s'il faut admettre une relative politisation de la jurisprudence du haut tribunal canadien sous l'effet de son homologue américain, il

(1) CHEFFINS R.I. & TUCKER R.N. : "The constitutional process in Canada", op. cit., p. 103.

(2) cf. BEAUDOIN : "Il n'est pas dit qu'elle serait la copie servile de la Cour Suprême des Etats-Unis", ("Le Fédéralisme face à la société post-industrielle - au Canada", op. cit., p. 59).

RUSSELL P.H. redoute à cet égard ce qui ne serait à ses yeux que "(...) l'importation d'une pâle imitation de l'expérience américaine", ("The political role of the supreme court of Canada", op. cit., p. 593).

(3) Il ne faut toutefois pas minimiser les réticences sinon l'hostilité des milieux juridiques canadiens à l'égard d'un affermissement de l'activisme jurisprudentiel de la haute juridiction canadienne : "Une large partie de notre establishment juridique (...), note WEILER, recule avec horreur à la suggestion selon laquelle nos cours pourraient rivaliser avec "l'activisme" des cours américaines, sans doute de telles attitudes ont été renforcées par les controverses orageuses qui entourent la Cour Suprême des Etats-Unis", (WEILER P.C. : "In the last resort - a critical study of the supreme court of Canada", op. cit., p. 3).

(4) Selon LEIGH L.H., "(...) il se passera un temps considérable avant que le Canada obtienne une Cour Warren, si tant est", ("The supreme court and the canadian constitution", op. cit., p. 335).

cf. ibid. : WEILER P.C. : "The supreme court of Canada and canadian federalism", op. cit., p. 230.

cf. ibid. : FOWLER D. : "The canadian Bill of Rights : a compromise between parliamentary and judicial supremacy", op. cit., p. 730.

importe de remarquer dans quelle mesure cette politisation relève surtout de la structure comme de l'organisation de la Cour Suprême du Canada. En ce sens, pareille politisation s'appuie beaucoup plus sur une réalité institutionnelle que jurisprudentielle.

Aussi conviendra-t-il, à ce stade, d'examiner pourquoi une telle politisation institutionnelle de la Cour Suprême du Canada a entraîné une inadaptation croissante de celle-ci à se poser comme arbitre neutre et impartial en matière de répartition des compétences au sein du fédéralisme canadien.



SOUS - TITRE II

L'INADAPTATION DE LA COUR SUPREME

L'inadaptation du tribunal suprême canadien à se rendre crédible comme instance arbitrale vis-à-vis de la Province de Québec s'est traduite d'une part par son effacement en qualité d'arbitre constitutionnel dans le règlement des conflits survenant entre le gouvernement fédéral et les provinces fédérées et d'autre part a contribué dans une large mesure au déclin de la Cour Suprême dans son rôle d'agent d'évolution du fédéralisme canadien.

Il s'agira, dès lors, de souligner jusqu'à quel point l'effacement de la Cour Suprême canadienne en tant qu'instrument juridictionnel de solution des litiges constitutionnels a amorcé le déclin politique de cette instance dans son influence sur l'orientation du fédéralisme canadien.



CHAPITRE I : L'EFFACEMENT DE LA COUR SUPREME COMME ARBITRE CONSTITUTIONNEL

L'effacement de la Cour Suprême du Canada sur la scène constitutionnelle canadienne s'est matérialisé essentiellement dans la désaffection des avis juridiques rendus par le tribunal de dernière instance en matière constitutionnelle.

Il y aura lieu, par conséquent, de définir la place des avis juridiques dans le droit constitutionnel canadien avant de mesurer leur désaffection comme mode d'arbitrage constitutionnel.

SECTION I - LA PLACE DES AVIS JURIDIQUES DANS LE DROIT CONSTITUTIONNEL CANADIEN

Définir la place des avis juridiques dans le cadre constitutionnel canadien implique en premier lieu la détermination de leur rôle et en second lieu l'évaluation de leur impact.

Paragraphe 1 - Le rôle des avis juridiques

La raison d'être principale de la pratique des avis juridiques se situe dans leur rôle clarificateur. En effet, la Cour Suprême du Canada peut, à la demande soit du gouvernement fédéral soit des gouvernements provinciaux, donner à ces derniers des avis juridiques indépendamment de tout litige sur un problème constitutionnel précis. L'avantage incontestable d'une telle procédure réside dans "(...) la détermination judiciaire rapide des problèmes de droit découlant de l'interprétation des dispositions de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique et particulièrement les dispositions affectant la juridiction législative" (1).

Aussi de tels avis portent-ils en substance aussi bien sur l'interprétation de la constitution de 1867 et les lois fédérales ou provinciales que sur la validité constitutionnelle de celles-ci. C'est dire qu'en étant requise le plus souvent en vue de connaître la validité d'une loi que le gouvernement fédéral entend faire adopter, la procédure des avis juridiques est à même d'influer sensiblement sur le partage des pouvoirs constitutionnels entre le gouvernement fédéral et les provinces canadiennes. De ce fait, l'avis juridique de la Cour sollicité par le gouvernement fédéral constitue-t-il un repère solide dans la démarche d'une négociation entre les deux ordres de gouvernement :

"En répondant aux questions des avis, la Cour théoriquement estimait agir comme conseiller juridique du gouvernement fédéral, donnant des avis consultatifs essentiellement dans l'intention de guider l'exécutif fédéral (...)" (2).

On réalise, à cet égard, qu'au-delà du caractère purement consultatif de l'avis juridique, une telle pratique est à même d'infléchir d'une manière déterminante sur le règlement d'un litige constitutionnel. Cette ambiguïté

(1) RUBIN G. : "The nature, use and effect of reference cases in canadian constitutional law", McGill L.J. 1959-1960, vol. 6, p. 170.

(2) RUSSELL P.H. : "The jurisdiction of the supreme court of Canada : present policies and a programme for reform", op. cit., p. 9.

du rôle exact dévolu à l'avis juridique s'illustre dans l'empirisme aussi bien de son fondement que de sa valeur juridique.

A - Le support juridique des avis

Si, en fait, le fondement des avis juridiques ne saurait faire aucun doute puisque le devoir de la Cour Suprême est de protéger la constitution et de contrôler la constitutionnalité des lois, en droit un tel fondement fit longtemps défaut. En effet, aucune disposition constitutionnelle n'autorise la Cour Suprême à rendre des avis juridiques. Ce n'est que par les dispositions législatives de l'article 52 (1) de la loi de 1875 portant création de la Cour Suprême repris par l'article 55 de la nouvelle loi de 1952 sur la Cour Suprême que se fonde juridiquement la procédure des avis. Ainsi, aux termes de ce dernier article, le gouvernement fédéral peut-il solliciter l'avis de la Cour Suprême sur "(...) des questions de droit ou de fait (...)" (2). Le champ d'application couvert par la procédure de consultation de la Cour Suprême s'avère donc étendu et ce d'autant plus que l'avis peut concerner "(...) toute autre matière, qu'elle soit ou non, dans l'opinion de la Cour, ejusdem generis que celles qui sont énumérées ci-dessus, au sujet de laquelle le gouverneur en conseil peut juger à propos de soumettre de telles questions" (2).

C'est dire que non seulement le tribunal suprême canadien peut rendre un avis sur les pouvoirs du gouvernement fédéral, l'interprétation de la constitution fédérale et des lois fédérales ou sur leur validité constitutionnelle, mais encore la Cour peut être amenée à statuer aussi bien sur une législation adoptée et sur des pouvoirs exercés que sur une législation à venir et sur des pouvoirs potentiels (3).

(1) Acte pour établir une Cour Suprême et une Cour d'Echiquier pour le Canada, article 52 : "Il sera loisible au Gouverneur en Conseil de soumettre à la Cour Suprême, pour audition ou examen, toutes questions quelconques qu'il jugera à propos (...)".

(2) Loi sur la Cour Suprême, 1952, art. 55.

(3) cf. CHEVRETTE F. : "(...) Cette procédure n'est ouverte qu'aux gouvernements, fédéral ou provinciaux et () devant le tribunal de qui l'opinion est demandée, il n'y a ni enquête ni plaidoiries puisqu'il ne s'agit pas d'un procès. On y admet cependant très aisément les interventions des gouvernements ou de toute personne ou groupe, pour peu qu'ils y aient un intérêt, même lointain", ("Aspect procédural du contrôle de constitutionnalité", in : Cour de Droit constitutionnel (MARX H.), Université de Montréal, 1971, p. 437).

B - La force juridique des avis

Si d'aucuns, à l'instar de WAGNER, estiment que "(...) la procédure des avis juridiques est au Canada profondément une partie intégrale de son système juridique" (1), on s'est pourtant longtemps demandé quelle était la valeur juridique des avis autant au niveau de l'acte consultatif lui-même qu'au niveau du contenu de l'avis.

A cet égard, tout en soulignant que le pouvoir de demander un avis à la Cour Suprême ne figurait pas dans l'A.A.N.B. de 1867 "(...) ni de façon explicite ni en termes voilés (...)" (2), le Conseil Privé admettait toutefois la constitutionnalité d'un tel pouvoir :

"Tout dépend de la question : un tel pouvoir est-il incompatible avec cette loi (...). Si malgré l'obligation de répondre aux questions soumises, la Cour Suprême demeure un tribunal judiciaire au sens de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, alors il n'y a aucune raison de prétendre que la loi canadienne faisant l'objet du présent appel est inconstitutionnelle (...)" (3).

Pour ce qui concerne la valeur juridique de l'avis lui-même, les éclaircissements apportés par la Cour Suprême permettent de conclure qu'au-delà de leur caractère non définitif, de tels jugements consultatifs ont de facto une force juridique semblable aux autres jugements déclaratoires rendus par la Cour. De fait, remarque le tribunal suprême canadien, la portée des avis juridiques a une importance tellement considérable que les principes exposés dans leurs motifs ne pourraient qu'être nécessairement suivis ultérieurement :

"Ces avis (...), déclare la Cour, font état simplement de l'opinion de la Cour sur les questions de droit ou de fait soumises par le gouverneur en conseil et les réponses données par la Cour sont seulement des opinions. Il a été déclaré invariablement qu'ils ne sont pas des jugements liant ni le gouvernement, le Parlement, les particuliers et même la Cour elle-même, bien que, naturellement, ceci devrait être modéré en disant que l'opinion émise serait sans aucun doute suivie dans une instance contestée ultérieure si les mêmes questions apparaissaient" (4).

(1) WAGNER W.J. : "The federal states and their judiciary", op. cit., p.290.

(2) Procureur Général de l'Ontario v. Procureur Général du Canada (1912) A.C. 571, p. 583.

(3) Ibid., p. 583.

(4) Renvoi relatif aux questions soumises au sujet de la validité des règlements sur les baux en temps de guerre (1950) R.C.S. 124, p. 126.

C'est dire que même si de tels avis consultatifs ne possèdent pas une force juridique obligatoire, ils sont néanmoins "(...) reproduits à côté des décisions normales de la Cour, et ont virtuellement la même valeur que celles-ci" (1). Aussi y a-t-il lieu de constater qu' "(...) en dépit de sa base constitutionnelle ténue (...)" (2), l'avis consultatif rendu par la Cour acquiert, en pratique, la même portée que les jugements déclaratoires ordinaires et lie sans ambiguïté les tribunaux inférieurs. Rédigés de la même manière qu'un jugement rendu sur appel et couchés dans les rapports judiciaires au même titre que les jugements ordinaires, les avis consultatifs sont, dès lors, à même d'influencer durablement l'évolution constitutionnelle du fédéralisme canadien. En effet, si les gouvernements fédéral et provinciaux ne sont pas obligés d'en tenir compte, ils savent qu'en légiférant de façon contraire à l'avis rendu, ils risquent de voir leur législation déclarée ultra vires dans la mesure où sa validité constitutionnelle sera contestée dans un éventuel litige.

Paragraphe 2 - L'impact des avis juridiques

"(...) procédé bien connu de la politique canadienne" (3), l'avis consultatif a joui d'une certaine renommée surtout dans la période s'écoulant jusqu'à la fin de la deuxième guerre mondiale.

Il conviendra, à cet égard, d'analyser la nature de l'incidence de la procédure des avis juridiques.

A - La nature de l'incidence des avis

Nombreux sont les auteurs unanimes à considérer que les avis juridiques se sont avérés l'une des sources principales de l'évolution du droit constitutionnel canadien particulièrement en ce qui a trait au partage des compétences entre l'Etat fédéral et les provinces fédérées. Soumise à un développement empirique au sein du système judiciaire canadien, cette procédure est devenue progressivement "(...) l'une des sources les plus riches du droit constitutionnel canadien (...)" (4).

(1) BOWIE & FRIEDRICH C.J. : "Etudes sur le fédéralisme", op. cit., p. 190.

(2) RUSSELL P.H. : "The jurisdiction of the supreme court of Canada : present policies and a programme for reform", op. cit., p. 10.

(3) BOWIE & FRIEDRICH C.J. : "Etudes sur le fédéralisme", op. cit., p. 189. cf. STRAYER B.L. : "Un des traits les plus distinctifs du judicial review canadien réside dans son recours fréquent à la question de l'avis constitutionnel" ("Judicial review of legislation in Canada", op. cit., p. 182).

(4) BROSSARD J. : "La Cour Suprême et la constitution - le forum constitutionnel du Canada", op. cit., p. 239.

Source majeure d'enrichissement du droit dans la mesure où pendant longtemps elle incarna "(...) la méthode normale pour régler les problèmes constitutionnels au Canada" (1), la pratique des avis juridiques a dû son succès à l'action conjointe de facteurs spécifiques.

B - Les facteurs de l'importance des avis

Deux facteurs essentiels ont concouru à donner une large place à la procédure des avis juridiques dans le système judiciaire canadien.

Le premier est interne à la technique même de l'avis consultatif. En effet, un tel procédé a toujours présenté l'avantage de la clarté et de la rapidité : une demande d'avis prévient, sans conteste, un litige inutile et permet ainsi que soient tranchés certains problèmes juridiques importants sans attendre que survienne un conflit ou sans qu'on soit amené à le provoquer. En faisant office de guide du gouvernement fédéral dans la solution de questions constitutionnelles, l'avis consultatif rendu par la Cour Suprême a le mérite, par ailleurs, de dissiper, dans les meilleurs délais, toute incertitude quant au problème constitutionnel soumis à son examen (2).

Le deuxième facteur est externe à la pratique des avis juridiques puisqu'il a trait à la stature juridictionnelle du Comité Judiciaire du Conseil Privé sur la scène constitutionnelle canadienne. En effet si "(...) l'avis juridique a été extrêmement important dans l'histoire constitutionnelle du Canada" (3), cela tint dans une certaine mesure à l'autorité incontestée du Conseil Privé, qui par la hauteur de son jugement donna à la pratique des avis juridiques ses lettres de noblesse.

S'il peut paraître exagéré d'expliquer l'expansion des avis

(1) LASKIN B. : "Canadian constitutional law - cases, text and notes on distribution of legislative power", 1975, 4 ed. révisée, p. 90.

(2) cf. STRAYER B.L. : "Judicial review of legislation in Canada", op. cit., p. 183.

(3) CHEFFINS R.I. : "The constitutional process in Canada", 1969, op. cit., p. 118.

consultatifs par le prestige attaché au Conseil Privé (1), il s'avère cependant qu'avec l'accession de la Cour Suprême du Canada au faite de la hiérarchie judiciaire canadienne, l'on assiste à une désaffection progressive de la pratique des avis juridiques comme mode d'arbitrage constitutionnel.

(1) Il est indéniable que d'une manière générale, la fonction judiciaire fut plus respectée jusqu'à la fin de la deuxième guerre mondiale parce que plus à l'écart des tensions politiques. Avec l'exacerbation de ces tensions au sein de la structure fédérale, le pouvoir judiciaire et particulièrement la Cour Suprême devenait une arme politique redoutable au service du gouvernement fédéral.

SECTION II - LA DESAFFECTION A L'EGARD DES AVIS JURIDIQUES COMME MODE D'ARBITRAGE CONSTITUTIONNEL

La procédure des avis juridiques ne vaut que par l'usage qui en est fait. Loin d'être une pure coïncidence, la désaffection de ce procédé avec le remplacement du tribunal londonien par la Cour Suprême du Canada marque le début d'un détournement sensible de la technique des avis juridiques vers des fins politiques.

Dans la mesure où une technique juridique n'est pas neutre, il conviendra dans un premier temps d'examiner les éléments juridiques qui ont pu favoriser la manipulation politique des avis et dans un deuxième temps éclairer la démonstration d'une telle manipulation.

Paragraphe 1 - Les éléments de la manipulation politique des avis

De par la nature du problème constitutionnel soumis à la juridiction de la Cour Suprême, il y a lieu de remarquer d'abord que la pratique des avis est à même de prêter potentiellement à une utilisation politique :

"Ce rôle politique du judiciaire, soulignent d'aucuns à cet égard, se manifeste d'une façon toute particulière lors des demandes d'avis qui lui sont adressées par les gouvernements fédéral et provinciaux. Les demandes se font surtout lorsque les règles du fédéralisme ne sont pas du tout claires et qu'il est d'autre part impossible de s'entendre pour les clarifier. L'opinion que doit alors exprimer le tribunal acquiert presque nécessairement une teinte politique" (1).

Cette coloration politique de l'avis est d'autant plus inéluctable qu'elle trouve un terrain propice dans le libellé même de l'avis comme dans l'appréciation de ce dernier.

A - Le libellé de l'avis

Conçues en termes généraux, les demandes d'avis placent le juge dans une situation inconfortable dans la mesure où aucun repère précis n'est à même de lui indiquer les arrières-plans concrets du problème constitutionnel

(1) BRUN H. & TREMBLAY G. : "Droit Public Fondamental", op. cit., p. 289-290.

envisagé. A cet égard, déjà, le Conseil Privé manifestait son aversion à prendre en considération des causes abstraites soulevées dans des demandes d'avis juridique :

"De l'avis de leurs Seigneuries, estimait le Conseil, toutefois la tâche imposée était irréalisable en raison de la nature abstraite des questions elles-mêmes. Pour les raisons déjà indiquées il est impossible de songer à préciser sans crainte d'erreur (...) quand il s'agit de questions générales du genre de celles dont il est question" (1).

Le juge MacDONALD soulignait également cette désorientation du juge devant une demande d'avis qui laissait ainsi le champ libre à toute interprétation tendancieuse de la question :

"Dans de nombreuses causes, les juges manifestement se sentaient embarrassés par les termes de l'avis ou les sujets exposés dans ceux-ci et par-dessus tout par l'absence de toute preuve concrète comme cela aurait été dans un conflit ordinaire" (2).

Par ailleurs, le cadre restrictif de l'avis est de nature à favoriser une approche beaucoup plus politique que juridique du juge.

(1) John Deere Plow v. Wharton (1915) A.C. 330, p. 342. Le Comité Judiciaire soulignait par ailleurs que "(...) par cette procédure, les questions peuvent être posées d'une telle façon qu'il est impossible d'y répondre de manière satisfaisante" (Procureur Général de la Colombie Britannique v. Procureur Général du Canada (1941) A.C. 153, p. 162).

(2) MacDONALD V.C. : "Legislative power and the supreme court in the fifties", op. cit., p. 25.

cf. ibid. : CHEVRETTE F. : "Un des plus forts inconvénients qu'on y voit vient du fait que l'opinion sollicitée du tribunal peut ne porter que sur des questions théoriques, à propos desquelles les données factuelles manquent, ce qui l'oblige à rendre des avis abstraits, formels et dépourvus de toute appréciation de caractère pratique", ("Aspect procédural du contrôle de constitutionnalité", op. cit., p. 439).

Ibid. : STRAYER B.L. : "La critique la plus fréquente et la plus sérieuse du judicial review par le biais de l'avis tient à son abstraction", ("Judicial review of legislation in Canada", op. cit., p. 194).

B - Le champ restrictif de l'avis

Quelque peu égaré par le caractère général de la demande d'avis, le juge de la Cour se voit, en outre, contraint de s'en tenir strictement aux termes de la question posée. Le juge, estima la Cour Suprême à cet égard "(...) n'a pas la responsabilité de sonder les desseins de l'exécutif ; il doit s'en tenir à la question spécifique sur laquelle on requiert son avis" (1). Limité dans son appréciation globale du problème constitutionnel, le juge ne peut que rendre un avis fondé sur une connaissance partielle des faits. Faussé parce qu'argumenté sur des constatations partielles, un tel avis tend dès lors à devenir partial.

D'aucuns, à cet égard, ont insisté sur le caractère aléatoire et dangereux de la procédure des avis en soulignant que le juge, en la circonstance, se trouvait privé "(...) du bénéfice d'un développement complet des faits et de la lumière de l'expérience pour se prononcer sur la validité d'une législation" (2). Contraint à ne pas dépasser les termes précis de la demande d'avis, le juge de la Cour Suprême assiera nécessairement son jugement sur une vision fragmentaire de la question. Une telle approche risque dès lors de se révéler inadéquate dans la mesure où les problèmes constitutionnels du fédéralisme canadien présentent des aspects qui ne sauraient être résolus dans un jugement à travers une interprétation purement littérale des textes.

On réalise, au contraire, que les questions constitutionnelles examinées dans les demandes d'avis exigent une large compréhension des faits socio-économiques qui environnent la controverse juridique.

Posées uniquement en termes juridiques, les demandes d'avis n'apportent au juge qu'une ouverture limitée sur le problème constitutionnel à analyser.

(1) Renvoi relatif aux questions soumises au sujet de la constitutionnalité de la Cour de Magistrat (1965) R.C.S. 772, p. 775, juge FAUTEUX.

(2) BOWIE & FRIEDRICH C.J. : "Etudes sur le fédéralisme", op. cit., p. 193.

Paragraphe 2 - La démonstration de la manipulation politique des avis

Au-delà de cette "(...) sorte d'autorité morale (...)" (1) qu'accorde tout avis consultatif favorable à une décision du gouvernement fédéral, on assiste depuis 1949 à un infléchissement centralisateur des avis juridiques. Pour beaucoup, la procédure des avis n'est qu'un alibi juridique au service des desseins centralisateurs des autorités fédérales :

"(...) les avis, considère le professeur BROSSARD, ont été dans l'ensemble assez centralisateurs et il est arrivé au gouvernement central de se décharger sur la Cour Suprême fédérale de certaines questions plus politiques que juridiques" (2).

Les implications centralisatrices des avis consultatifs rendus par la Cour Suprême ne sont pas le produit du hasard mais participent de la propension du gouvernement fédéral à trouver dans le tribunal suprême canadien une caution juridique à bon compte.

Une illustration particulièrement frappante d'une telle dénaturation de la fonction des avis consultatifs en est l'avis rendu par la Cour Suprême en 1967 sur les droits miniers sous-marins (3).

Il conviendra d'analyser le contenu de cet avis avant d'en mesurer les conséquences.

(1) RUSSELL P.H. : "The jurisdiction of the supreme court of Canada : present policies and a programme for reform", op. cit., p. 9.

(2) BROSSARD J. : "La Cour Suprême et la constitution - le forum constitutionnel du Canada", op. cit., p. 310.

(3) cf. WEILER P.C. : "(...) dans un contexte politique chargé, le gouvernement fédéral utilisa le stratagème de l'avis pour obtenir de la Cour une politique souveraine qui améliorerait (...) sa position dans la négociation relative au conflit sur les droits miniers sous-marins", ("Two models of judicial decision-making", op. cit., p. 445). Cf. ibid. du même auteur : "In the last resort - a critical study of the Supreme court of Canada", op. cit., p. 11.

cf. ibid. CHEVRETTE F. : "'(...) le gouvernement PEARSON désirait certes obtenir des éclaircissements constitutionnels sur cette importante question, il désirait plus encore obtenir une réponse qui lui soit favorable et qui puisse grandir son pouvoir de négociation dans le débat politique qui allait s'ensuivre" ("Aspect procédural du contrôle de constitutionnalité", op. cit., p. 437).

cf. ibid. CAPLAN A. : "Offshore mineral rights : anatomy of a federal provincial conflict", R.E.C. 1970, p. 51.

cf. ibid. du même auteur : "Some factors affecting the resolution of a federal-provincial conflict", C.J.P.S. 1969, vol. 2, p. 181.

A - Le contenu de l'avis sur les droits miniers sous-marins
de 1967

L'avis consultatif de 1967 (1) constitue sans nul doute l'exemple le plus significatif de l'utilisation de la procédure des avis juridiques à des fins centralisatrices.

En la matière, le gouvernement fédéral avait demandé à la Cour Suprême de lui faire connaître son opinion quant aux compétences relatives aux richesses des eaux territoriales et du plateau continental. Les questions soumises à la Cour Suprême ne concernaient, à cet égard, que les richesses situées au large de la Colombie Britannique.

Dans un jugement très sommaire (2), le tribunal suprême canadien estima que les droits miniers sous-marins au plateau continental relevaient exclusivement de la compétence fédérale :

"La Colombie Britannique n'a pas la juridiction législative puisque les terrains en question sont au-delà de ses frontières. Les terrains sous la mer territoriale ne tombent sous aucun des sujets énumérés à l'article 92 puisqu'ils ne sont pas situés dans la province (...). Le plateau continental se trouve à l'extérieur des frontières de la Colombie Britannique" (3).

(1) Renvoi relatif aux questions soumises au sujet des droits miniers sous-marins des eaux littorales (1967) R.C.S. 792.

(2) cf. BRIERE J. : "Les motifs de l'avis ne sont pas toujours aisément repérables dans ce texte de 30 pages où le fil du raisonnement juridique semble tantôt embarrassé et tantôt si mince qu'on a peine à le suivre", ("La Cour Suprême du Canada et les droits sous-marins", C.D. 1967-1968, vol. 9, p. 754).

- cf. ibid. McWHINNEY E. : "(...) bien que rendu par un banc de la Cour Suprême du Canada de sept juges, le jugement, rompant brutalement avec la pratique de la Cour Suprême canadienne (...) est un jugement anonyme, non signé (...)", ("Canadian federalism : foreign affairs and treaty power - the impact of Quebec's quiet revolution", Ontario Advisory Committee on Confederation - Background papers and reports - Toronto - Imprimeur de la Reine-1970, vol. 2, p. 132.

(3) p. 793.

Par un tel jugement, la Cour Suprême reconnaissait ainsi à l'Etat fédéral des droits de propriété et des pouvoirs législatifs exclusifs à l'égard non seulement des gisements miniers et des autres richesses naturelles du plateau continental mais encore sur les gisements et autres richesses naturelles des eaux territoriales ainsi que de leur lit et sous-sol qui sont pourtant partie intégrante du territoire.

Considérant que les gisements miniers sous-marins constituaient une matière nouvelle qui ne pouvait dès lors être recouverte par l'article 92 de l'A.A.N.B. de 1867, la Cour Suprême invoqua, par ailleurs, à l'appui de son argumentation, la théorie des dimensions nationales ainsi que la compétence résiduelle en faveur de l'Etat fédéral.

Pour les provinces, en revanche, les gisements miniers sous-marins formaient un cadre physique général dans lequel pouvaient s'exercer naturellement les droits et compétences répartis par la constitution entre les deux ordres de gouvernement.

On constate, dès lors, que la décision de la Cour se situait aux antipodes des positions de la Colombie Britannique.

De fait, l'avis consultatif de 1967 fut loin d'emporter l'unanimité des provinces. Le Québec, en particulier, estima un tel jugement comme inacceptable dans la mesure où la question soulevée participait beaucoup plus de considérations politiques que juridiques. C'était, d'ailleurs, une des raisons pour lesquelles le Premier ministre québécois s'était catégoriquement opposé à ce qu'une telle question soit tranchée par la Cour Suprême. Considérant que le droit canadien, dans l'état actuel de son évolution, ne permettait pas d'apporter une réponse claire en ce domaine, toute solution devait, pour le Québec, être débattue sur le terrain politique. Le refus des autorités québécoises de se faire représenter devant la Cour Suprême en la circonstance équivalait, à cet égard, à un désaveu explicite de la compétence de l'instance suprême canadienne.

Aussi n'y a-t-il pas lieu de s'étonner de la "(...) réaction particulièrement violente du Québec" (1) à ce jugement de la Cour. Et d'aucuns, partisans de la Cour, ont-ils noté avec euphémisme que "(...) l'opinion n'a pas été reçue avec l'enthousiasme qu'elle méritait" (2).

(1) RUSSELL P.H. : "The political role of the supreme court of Canada in its first century", op. cit., p. 590.

(2) HEAD I. L. : "The canadian offshore minerals reference - the international law to a federal constitution", U.T.L.J. 1968, vol. 18, p. 157.

L'arrêt de la Cour Suprême devait, en effet, susciter au sein de la doctrine québécoise une levée de boucliers. Cette décision, déclarait aussitôt le professeur BROSSARD "(...) s'appuie sur une conception aberrante du fédéralisme et confond l'Etat fédéral et la fédération" (1) et ce dernier de la considérer comme "(...) l'une des décisions les plus centralisatrices et les plus discutables de sa carrière" (2). Le caractère centralisateur du jugement fut perçu par la doctrine québécoise d'autant plus inadmissible que l'avis rendu pêchait par une singulière faiblesse juridique à telle enseigne que le gouvernement fédéral, embarrassé par les conclusions trop unilatéralement favorables de la Cour, fit de nouvelles propositions plus conciliantes avec les intérêts des provinces.

Si, avec le recul du temps, certains auteurs québécois pensent que le jugement dans l'affaire des gisements miniers sous-marins n'a pas été "(...) précisément le mieux fondé ni le plus judicieux de sa carrière" (3), d'autres auteurs anglo-canadiens l'ont estimé indésirable.

Au-delà d'une certaine réprobation de la précipitation qui a entouré l'élaboration du jugement (4), d'aucuns, à l'instar du professeur WHINNEY, déplorent une telle décision qui ne fait qu'entretenir et aggraver une confusion entre les sphères juridiques et politiques :

(1) "Les zones maritimes et le droit continental", *Le Devoir*, 22 novembre 1967, p. 5.

(2) BROSSARD J. : "La Cour Suprême et la constitution - le forum constitutionnel du Canada", *op. cit.*, p. 206.

cf. *ibid.* : HUBBARD H.A. : "La décision est en effet centralisatrice et non conforme aux pressions décentralisatrices générales", ("Constitutional law : international law : Ownership of and jurisdiction over offshore mineral rights : in re reference concerning the ownership of and jurisdiction over offshore mineral rights", (1967)", *O.L.R.* 1967, vol. 1, p. 216).

- CAPLAN N. : "Suite à l'opinion sur les droits miniers sous-marins, les observateurs du Québec redoutèrent la centralisation inévitable qui en résulterait si la Cour était trop généreuse (...) à l'égard des activités du gouvernement fédéral", ("Legal issues of the offshore mineral rights dispute in Canada", *McGill L.J.* 1968, vol. 14, p. 492.

(3) BRIERE J. : "La Cour Suprême du Canada et les droits sous-marins", *op. cit.*, p. 75.

(4) L'avis fut rendu à la sauvette à une période où l'on ne s'y attendait pas.

"(cet avis) (...) est un exemple d'une situation ou une décision judiciaire prématurée (...) a encouragé un absolutisme politique par ce biais et a ainsi empêché et différé une solution politique juste et équitable, sur la base d'un compromis pragmatique entre les deux positions opposées" (1).

C'est dire que la Cour Suprême n'aurait pas dû s'aventurer dans un domaine aussi éloigné de sa compétence constitutionnelle et refuser par conséquent la demande d'avis du gouvernement fédéral. Pourtant, au-delà de ce faux pas regrettable de la Cour Suprême, deux commentaires instructifs se dégagent de cet avis consultatif :

"(ce) n'est pas simplement un commentaire sur les limitations inhérentes de la juridiction de la Cour en matière d'avis consultatif (...). C'est aussi un commentaire sur les périls qui attendent un tribunal non spécialiste s'aventurant dans un domaine difficile et complexe du droit positif (...)" (2).

Avec le jugement de 1967, est atteint une sorte de point de non-retour dans l'utilisation politique de la pratique des avis consultatifs (3). Cependant, les conséquences de cette décision s'avéraient considérables quant au rôle futur de la Cour Suprême du Canada sur la scène constitutionnelle.

B - Les conséquences de l'avis sur les droits miniers sous-marins de 1967

Avec l'avis consultatif de 1967, la suspicion provinciale à l'égard d'une telle pratique prend une dimension nouvelle. Déjà suspectée de quelque partialité en faveur du gouvernement fédéral, la Cour Suprême se trouve totalement discréditée en tant qu'arbitre constitutionnel. Il est vrai qu'en acceptant de rendre un avis dans une affaire de la sorte, le tribunal suprême canadien prenait un risque évident. En effet de par sa trop grande dépendance à l'égard des autorités fédérales et de par les prolongements politiques inévitables de toute demande d'avis, il y avait une forte probabilité que la Cour ne se laissât entraîner "(...) dans les remous de la politique, courant ainsi le

(1) McWHINNEY E. : "Pluralistic federalism in Canada", op. cit., p. 47.

(2) McWHINNEY E. : "Federal supreme courts and constitutional review", op. cit., p. 599.

(3) LYON N. & ATKEY R.G. : "Canadian constitutional law in a modern perspective", University of Toronto Press, 1970, p. 349.

risque de perdre le respect populaire et d'abandonner les critères proprement juridiques" (1).

Si certains sont, dès lors, à souhaiter que le gouvernement fédéral n'abuse pas d'une telle pratique mais prenne "(...) ses propres responsabilités pour essayer de préserver l'intégrité du processus judiciaire en éloignant ce type de controverse politique (...) des cours (...) " (2), d'autres dénoncent vigoureusement l'attitude des autorités fédérales qui se servent de cette arme juridique pour faire avaliser des projets de nature à empiéter sur les compétences législatives des provinces. Dénoncée comme alibi juridique dans la mesure où elle permet au gouvernement fédéral de se retrancher derrière la légalité constitutionnelle, la demande d'avis à la Cour est dénoncée, en outre, comme moyen de pression sur les provinces. Trop souvent, en effet, les autorités d'Ottawa ont-elles recouru à cette technique "(...) dans le seul but de se donner un avantage politique pour des négociations ultérieures" (3).

Du fait même que la Cour Suprême du Canada, de par sa structure comme de par sa composition, se révèle incapable de trancher des conflits d'intérêts économiques qui dépassent son cadre juridique, le Québec redoute, dès lors, qu'un détournement abusif des demandes d'avis à la Cour n'engendre des conséquences politiques préjudiciables pour l'autonomie des provinces. Déjà réticentes face à l'intrusion du pouvoir judiciaire dans les controverses politiques, les autorités québécoises se sont données, depuis 1967, comme ligne de conduite, d'éviter à l'avenir "(...) de transporter au pouvoir judiciaire une responsabilité qui appartient avant tout au pouvoir politique" (4).

Certes, si d'autres avis consultatifs postérieures à 1967, à l'instar de celui rendu sur la loi fédérale anti-inflation (5), n'ont pas une orientation

(1) BOWIE & FRIEDRICH C.J. : "Etudes sur le fédéralisme", op. cit., p. 193. cf. LACASSE J.P. : "(...) il s'agit d'une opinion dont la Cour Suprême n'a pas à être fière (...). La délimitation du territoire est une question politique que l'on peut laisser difficilement aux tribunaux le soin de trancher (...)", ("Fédéralisme et ressources marines", Communication présentée au 57ème congrès de l'Association du Barreau Canadien à Québec, 26 août 1975, R.G.D. 1975, vol. 6, p. 475.

(2) McWHINNEY E. : "Pluralistic federalism in Canada", op. cit., p. 47.

(3) BRUN H. & TREMBLAY G. : "Droit Public Fondamental", op. cit., p. 290.

(4) Déclaration de M. R. BOURASSA, Premier ministre de la province de Québec, cité par BONENFANT J.C. : "La Cour Suprême et le partage des compétences", op. cit., p. 30.

(5) Renvoi relatif aux questions soumises par le gouverneur en conseil sur la validité de la loi anti-inflation (1976 R.C.S. 373. TREMBLAY R. souligne à cet égard dans quelle mesure le raisonnement de la majorité du tribunal dans cet avis s'avère "(...) un tour de force qui démontre bien combien forte est la propension de la Cour Suprême à renforcer la centralisation au Canada au

pro-fédérale aussi nette, il n'en demeure pas moins que pour le Québec une telle pratique met en évidence les potentialités centralisatrices de la Cour. Il s'agit, par conséquent, pour le Québec de circonscrire strictement toute utilisation politique du tribunal suprême canadien :

"Quant au Québec, déclarait à cet égard G.D. LEVESQUE, nous n'avons pas accepté de référence à la Cour Suprême, parce que nous avons dit et nous continuons de dire qu'il s'agit d'une question politique, d'une décision qui doit être politique" (1).

Les accusations portées par la Province de Québec contre la pratique des avis consultatifs ne pouvaient laisser indifférentes les instances fédérales. On remarque à cet égard que ces dernières, soucieuses de ne pas faire le jeu d'un certain discrédit de la Cour, ont fait preuve de plus de circonspection dans la formulation des demandes d'avis. Fondée sur la remise en cause de l'impartialité de la Cour par le Québec, cette répugnance croissante du gouvernement fédéral à solliciter la Cour Suprême se fonde, par ailleurs, sur la conscience qu'à trop vouloir faire appel à celle-ci, Ottawa contribuerait à affaiblir l'impact des avis rendus par l'instance suprême. Ainsi, constate-t-on, après 1967, à une sorte de "reflux politique" de la Cour Suprême. Pour le professeur BONENFANT "(...) cette politique de self-restraint semble avoir commencé en 1967 avec l'affaire des droits sous-marins" (2).

D'aucuns, à cet égard, relèvent cette disgrâce de la Cour à travers le recul de la procédure des avis juridiques :

"Il semble que dans les années récentes, observe CHEFFINS, il y ait eu un déclin de l'utilisation des avis juridiques par les gouvernements. Ceci est dû probablement à un nombre de facteurs, incluant l'insatisfaction croissante des provinces, spécialement du Québec, d'utiliser les cours comme une méthode de résolution des conflits fédéral-provinciaux" (3).

...
profit du gouvernement fédéral", ("Les implications dangereuses de la décision de la Cour Suprême sur la constitutionnalité de la Loi anti-inflation", op. cit., p. 5).

(1) Commissions Parlementaires, Journal des Débats, 5 juin 1974, p. B. 3010.

(2) BONENFANT J.C. : "La Cour Suprême et le partage des compétences", op. cit., p. 29.

(3) CHEFFINS R.I. : "The constitutional process in Canada", 1969, op. cit., p. 118.

cf. CHEVRETTE F. : "(...) à l'heure actuelle cette procédure semble être moins souvent utilisée qu'auparavant en particulier devant la Cour Suprême. Sans doute, la contestation, par le Québec, de cette dernière, et l'utilisation fort politique que l'on a fait de cette procédure, notamment dans l'affaire des droits sous-marins, ne sont-elles pas étrangères à cette apparente désaffection" ("Aspect procédural du contrôle de constitutionnalité", op. cit., p. 441).

.../...

Pour d'autres auteurs, ce tassement de la procédure des avis juridiques participe d'une évolution qui prend naissance au lendemain de la deuxième guerre mondiale. En la matière, si le professeur RUSSELL estime que "(...) depuis 1949 (...) l'usage des avis juridiques a diminué un peu" (1), GIBSON considère cette diminution beaucoup plus sensible :

"Alors que les avis du gouvernement comptaient pour 29 % des causes constitutionnelles dans les années 1950, ils comptaient pour seulement 9 % durant les années 1960" (2).

On réalise donc, que la Cour Suprême du Canada, victime d'une défiance grandissante de la part du Québec, se trouve, au regard de la désaffection des avis juridiques, progressivement marginalisée dans le débat constitutionnel canadien. La baisse de la pratique des avis consultatifs est significative, à ce titre, de l'inadéquation de plus en plus manifeste du pouvoir judiciaire à apporter des solutions viables aux litiges survenant entre les deux ordres de gouvernement.

...

cf. LYON N. & ATKEY R.G. : "Dans les années récentes, il semble y avoir eu un déclin dans l'utilisation du système des avis pour la résolution des conflits constitutionnels. Depuis 1950, six avis seulement ont été entendus par la Cour Suprême du Canada, le dernier étant l'avis sur les droits miniers sous-marins (1968)", ("Canadian constitutional law in a modern perspective", op. cit., p. 349).

(1) RUSSELL P.H. : "Leading constitutional decisions ; cases on the B.N.A. Act", op. cit., p. 25.

(2) GIBSON D. : "And onto step backward : the supreme court and constitutional law in the sixties", op. cit., p. 626. L'auteur illustre cette baisse des avis par le tableau suivant (ibid., p. 647) :

	Juridictionnel			Libertés civiles			TOTAL		
	Prov.	Féd.	Total	Prov.	Féd.	Total	Prov.	Féd.	Total
1950-4	4	2	6	0	0	0	4	2	6
1955-9	4	2	6	0	0	0	4	2	6
1950-1959	8	4	12	0	0	0	8	4	$\frac{12}{42}$ 29 %
1960-4	2	0	2	0	0	0	2	0	2
1965-9	2	1	3	0	0	0	2	1	3
1960-1969	4	1	5	0	0	0	4	1	$\frac{5}{53}$ 9 %

Tableau quantitatif des avis juridiques rendus par les cours canadiennes entre 1950 et 1969.

C'est précisément parce que de tels litiges sont à même, à présent, d'être dénoncés "(...) beaucoup plus facilement par des tractations politiques que par des décisions judiciaires" (1) que le déclin croissant des demandes d'avis juridiques révèle le déclin irrémédiable de la Cour Suprême comme facteur d'évolution du fédéralisme canadien (2).

(1) BONENFANT J.C. : "La Cour Suprême et le partage des compétences", op. cit., p. 29.

(2) cf. STRAYER B.L. : "La controverse sur les avis est en réalité un aspect d'une controverse plus grande relative au rôle du judiciaire dans un Etat fédéral. Les activistes judiciaires approuveront d'une manière générale un système qui écarte les obstacles au judicial review. Ceux qui se font une vue plus restrictive du rôle du judiciaire le percevront comme une procédure hasardeuse, chargeant les cours d'hypothétiques questions et produisant des décisions prématurées aux conséquences nuisibles", ("Judicial review of legislation in Canada", op. cit., p. 203).

CHAPITRE II : LE DECLIN DE LA COUR SUPREME COMME FACTEUR D'EVOLUTION DU FEDERALISME CANADIEN

Le déclin de la Cour Suprême du Canada sur la scène constitutionnelle canadienne est patent et personne ne le conteste aussi bien dans les milieux juridiques anglo-canadiens que québécois. Ainsi pour SMILEY les "(...) conflits les plus spectaculaires entre les gouvernements fédéral et provincial ont été résolus par des moyens autres que l'interprétation judiciaire (...)" (1). Remarquant qu'aucune cause importante n'avait été examinée récemment devant la Cour Suprême, CORY considère qu' "un arbitre qui est rarement appelé est encore un arbitre, mais son importance diminue pro tanto" (2). Des auteurs québécois insistent, de même, sur cette évacuation du rôle politique de l'instance juridictionnelle suprême du Canada :

"Les décisions de la Cour relatives à la division des pouvoirs en sont venues à jouer un rôle de moins en moins significatif dans la détermination de la plupart des conflits importants" (3).

Au-delà de la simple constatation d'un tel déclin, il convient de souligner jusqu'à quel point cette marginalisation de la Cour Suprême s'avère à la fois paradoxale et logique. Elle est paradoxale dans la mesure où, instrument centralisateur du gouvernement fédéral, elle a joué un rôle politique sévèrement contesté par le Québec. Ainsi par une telle orientation politique, la Cour Suprême s'est-elle condamnée à nourrir des dessins politiques à venir au sein du fédéralisme canadien. La logique du déclin de la Cour Suprême se saisit au niveau de facteurs externes et internes.

Le facteur externe a trait à l'incontestable érosion du rôle du pouvoir judiciaire dans un régime constitutionnel fédéral. Ceci est d'autant plus perceptible dans le fédéralisme canadien qui connaît avec la cristallisation du problème québécois depuis l'après-guerre une destabilisation réelle :

(1) SMILEY D. V. : "Constitutional adaptation and canadian federalism since 1945", op. cit., p. 39.

(2) CORY J. A. : "Constitutional trends and federalism", op. cit., p. 120.

(3) DUBUC A. : "The decline of Confederation and the new nationalism", in "Nationalism in Canada", McGraw Hill, 1966, p. 128.

"Un des développements les plus frappants du dernier quart de siècle a été le déclin du rôle des cours comme arbitre de l'équilibre de la constitution fédérale" (1).

C'est aussi l'avis de SMILEY qui estime que "dans la période d'après 1945 le judicial review a joué une part moins importante dans la formation du système fédéral canadien que ce n'était le cas auparavant dans l'histoire de la Confédération" (2). Que l'évolution historique ait pu, progressivement, désenclaver des problèmes constitutionnels du domaine de la Cour, cela paraît indéniable (3). Toutefois si "(...) le rôle de la Cour Suprême dans le fédéralisme recule en importance (...)" (4), cela tient également à des facteurs internes à la juridiction de la Cour.

Le premier facteur de la perte d'influence de la Cour Suprême réside sans nul doute dans le caractère insuffisamment fédératif de sa structure et de son organisation. Désavouée par la Province de Québec, la Cour Suprême ne saurait, en effet, prétendre à un rôle central dans l'interprétation du système fédéral canadien. Et certains de conclure à cet égard qu' "une raison du déclin du rôle des cours semble être la méfiance de la Cour Suprême en tant que tribunal constitutionnel" (5).

Le second facteur concerne l'incapacité de la Cour Suprême à faire face aux problèmes de plus en plus complexes posés par le fonctionnement du fédéralisme canadien. Son inadéquation à rendre des réponses claires dans des domaines constitutionnels délicats provient incontestablement de la limitation de ses outils interprétatifs qui se ramènent de fait à une "(...) approche noir et blanc de la législation générale ou bien intra vires ou ultra vires" (6). Une appréhension aussi rigide de la réalité constitutionnelle ne pouvait être que combattue par les partisans d'une approche plus pragmatique et nuancée des conflits entre les deux ordres de gouvernement :

(1) MALLORY J.R. : "The five faces of federalism", op. cit., p. 9.

(2) SMILEY D.V. : "Canada in question - Federalism in the seventies", op. cit., p. 23.

(3) CORRY J.A. : "Constitutional trends and federalism", op. cit., p. 115.

(4) WEILER P.C. : "In the last resort - a critical study of the supreme court of Canada", op. cit., p. 233.

(5) MALLORY J.R. : "The structure of canadian government", op. cit., p. 136.

(6) BLACK E.R. & CAIRNS A.C. : "A different perspective on canadian federalism", op. cit., p. 31.

"La rigidité initiale de l'interprétation constitutionnelle et les fluctuations imprévisibles dans l'interprétation qui suivirent ont sans aucun doute joué leur part dans le discrédit du processus du judicial review. Parmi les conséquences de cette perte de confiance sont une augmentation de l'utilisation de mécanismes d'ajustement informels et peut-être un déclin dans la légitimité des cours comme arbitre de l'équilibre fédéral" (1).

A cet égard, c'est essentiellement dans le domaine économique où de grands intérêts politiques sont en jeu, que la compétence de la Cour Suprême est critiquée sinon récusée. Aussi, "(...) on ne devrait pas, estime le professeur WEILER, demander à la Cour Suprême du Canada d'intervenir dans le genre de conflit politique et économique" (2).

Au-delà de ces facteurs qui ont oeuvré sensiblement au déclin de la Cour Suprême, il conviendra d'analyser les structures de substitution au pouvoir judiciaire qui ont pris la relève dans le règlement des litiges au sein du fédéralisme canadien. C'est, dès lors, décrire le glissement politique qui s'opère du mode arbitral des conflits au mode de négociation des conflits :

"(...) les tribunaux, remarque MALLORY, qui avaient joué un rôle central dans l'élaboration du régime fédéral à l'époque de sa formation, se trouvaient peu à peu à l'écart au profit d'autres méthodes de conciliation dans les conflits intergouvernementaux" (3).

En l'occurrence, il s'agira d'examiner si ce mode actuel de négociation des conflits entre les deux ordres de gouvernement peut être générateur d'une évolution décisive et cohérente de la structure fédérale canadienne dans le sens d'un meilleur équilibre entre le gouvernement fédéral et les provinces. C'est, en substance, se demander si une telle déjuridicisation des conflits a contribué à ce rééquilibrage là où la Cour Suprême a échoué depuis 1949 dans son interprétation jurisprudentielle.

L'expérience du fédéralisme coopératif comme le développement des conférences fédérales-provinciales s'inscrivent, ainsi, dans le droit fil de la négociation des conflits dans la mesure où en établissant un dialogue direct entre les parties intéressées, ils excluent toute médiatisation d'une instance juridictionnelle.

(1) FLETCHER M. : "Judicial review and the division of powers in Canada", op. cit., p. 185.

(2) WEILER P.C. : "In the last resort - a critical study of the supreme court of Canada", op. cit., p. 184.

(3) MALLORY J.R. : "Le système constitutionnel canadien", op. cit., p. 111.

Ces deux pratiques se sont voulues des tentatives particulières de nature à permettre une harmonisation plus grande entre le gouvernement fédéral et les provinces canadiennes. Alors que dans le cadre du fédéralisme coopératif, l'évolution du régime constitutionnel passe par une intégration, les conférences fédérales-provinciales situent cette évolution au niveau de la consultation.

Il nous faudra, dès lors, dans un premier temps, situer le fédéralisme coopératif dans sa démarche d'intégration et dans un second temps analyser la portée du mécanisme consultatif des conférences fédérales-provinciales.

SECTION I - LE FEDERALISME COOPERATIF : UNE TENTATIVE D'EVOLUTION DU FEDERALISME CANADIEN PAR L'INTEGRATION

L'ambition du fédéralisme coopératif était de parvenir à un déblocage institutionnel du fédéralisme canadien. Rejetant, à cet égard, tout recours judiciaire dans la solution des conflits entre les deux ordres de gouvernement, la pratique du fédéralisme coopératif illustre clairement le glissement du débat constitutionnel du niveau juridique au niveau politique.

Si les idées forces mises en avant dans le cadre du fédéralisme coopératif pouvaient effectivement contribuer à une certaine normalisation des relations fédérales-provinciales, l'attitude du gouvernement fédéral est à l'origine de l'échec de cette pratique.

Dès lors conviendra-t-il, d'une part, de décrire l'ambition du fédéralisme coopératif et d'autre part, d'analyser les causes de son échec.

Paragraphe 1 - L'ambition du fédéralisme coopératif

La pratique du fédéralisme coopératif participe du besoin empirique de rechercher des solutions que les textes constitutionnels n'étaient plus en mesure de fournir. En effet, si l'A.A.N.B. de 1867 pouvait correspondre globalement au contexte économique et politique de son époque, il n'en est plus de même aujourd'hui : les bouleversements économiques qui ont affecté le fédéralisme canadien depuis sa fondation ne peuvent être pris en charge par un texte constitutionnel disqualifié par sa rigidité. Du fait qu' "aucune précaution dans l'établissement de la division des pouvoirs dans un Etat fédéral n'élimine les difficultés de son application à la variété et à la complexité des relations sociales" (1), le fédéralisme coopératif s'est développé sur l'insuffisance des textes. Conçue pour répondre aux besoins nouveaux du fédéralisme contemporain, la fonction coopérative prenait le relais de la fonction judiciaire :

"Même la répartition la plus précise et la plus claire possible des pouvoirs ne peut éliminer la nécessité de responsabilités partagées ni le fait de l'interdépendance" (2).

(1) Rapport de la Commission Royale d'enquête sur les relations entre le Dominion et les provinces, Ottawa, 1940, vol. 1, p. 31.

(2) Conférence constitutionnelle de 1970 : "Le mécanisme des relations intergouvernementales au Canada", Documents de l'Ontario, 1970, p. 5.

Décrire le fédéralisme coopératif c'est examiner, dans un premier temps, ses desseins et dans un deuxième temps, ses moyens.

A - Les desseins -----

Le fédéralisme coopératif fait du principe de l'interdépendance gouvernementale le fondement de sa pratique. "Son hypothèse opératoire, affirme SMILEY, est que même les différences fédérales-provinciales les plus fondamentales pouvaient être résolues à travers les procédures continues de la consultation et de la négociation intergouvernementale" (1).

Se résumant à "(...) une pré-consultation et une coopération continue dans l'établissement de priorités d'action (...)" (2) entre le gouvernement fédéral et les provinces, le fédéralisme coopératif trouvait dans le domaine économique un terrain de prédilection pour son développement.

De fait, l'on assiste, dans le système fédéral canadien, à une interdépendance économique de plus en plus profonde entre les deux ordres de gouvernement. Le dessein du fédéralisme coopératif s'avère, à cet égard, d'ordonner, de rationaliser cette interdépendance dans l'intérêt de chacun. Ainsi dans sa mise en oeuvre de la politique économique, le gouvernement fédéral doit-il non seulement prendre en considération les impératifs fédéraux mais aussi les objections provinciales. Par ailleurs, le développement des programmes économiques provinciaux dépend dans une large mesure de la redistribution des fonds du gouvernement fédéral et n'est pas sans incidence sur

(1) SMILEY D. V. : "Canadian federalism and the resolution of the federal-provincial conflict", op. cit., p. 50.

cf. ibid. : GALLANT E. : "The machinery of federal-provincial relations", in "Canadian Federalism - myth or reality" (MEEKISON J. P.) 1971, p. 255.
cf. ibid. : Institut of intergovernmental relations : "Intergovernmental liaison on fiscal and economic matters : proposals" in "Canadian Federalism - myth or reality", (MEEKISON J. P.) 1971, p. 283.

(2) PEPIN J. L. : "Cooperative federalism", C.F. 1964-1965, vol. 44, p. 208. L'auteur ajoute par ailleurs : "On peut dire que le fédéralisme coopératif est essentiellement une force décentralisatrice qui entraîne une certaine diminution du rôle d'Ottawa (...)" (ibid.). Dans un autre article, ce dernier était d'avis que "(...) le fédéralisme coopératif est la meilleure réponse aux deux principaux problèmes politiques que le Canada doit résoudre pour garantir son avenir politique : le problème des relations entre le gouvernement central et les gouvernements régionaux, celui du Québec en particulier ; le problème des relations entre les Canadiens français et les Canadiens anglais", ("Cooperative federalism" in "Canadian Federalism - myth or reality" (MEEKISON J. P.) 1971, p. 309).

la croissance globale du pays. C'est dire combien le pouvoir d'emprunt et de dépenser des provinces conditionne la politique économique du gouvernement fédéral. Si pour certains, le fédéralisme coopératif est dans son essence "(...) un accord fédéral-provincial tacite ou explicite sur les utilisations complémentaires des pouvoirs et ressources fédéraux et provinciaux" (1), il se veut avant tout une tentative de conciliation entre des intérêts opposés de nature à promouvoir des solutions acceptables par chacun des deux ordres de gouvernement.

Donnant la possibilité aux provinces de se concerter sur un véritable pied d'égalité, la pratique du fédéralisme coopératif se caractérise par sa souplesse d'adaptation susceptible de mener à terme des changements. C'est dire combien le fédéralisme coopératif, récusant toute forme rigide d'encadrement juridique, est à même, au nom de la solidarité nationale, de promouvoir une meilleure harmonisation des politiques fédérale et provinciales.

B - Les moyens

L'interdépendance qui sous-tend la démarche du fédéralisme coopératif se trouve, à cet égard, favorisée par la persistance de "zones grises" dans le partage des compétences entre les deux ordres de gouvernement. L'existence de ces zones constitue, dès lors, un moyen par lequel le fédéralisme coopératif peut jouer un rôle efficace dans la coordination intergouvernementale. De fait, dans la mesure où il est illusoire de rechercher une répartition fédérale-provinciale quelque peu étanche des attributions législatives, les "zones grises" demeureront toujours une réalité du fédéralisme canadien.

De telles zones affectent, en l'occurrence, des domaines de responsabilité gouvernementale qui, au regard de la constitution, ne sont pas précisément attribués à un niveau de gouvernement ni à l'autre. A l'heure actuelle les zones grises sont nombreuses (2) et s'accroissent progressivement.

Un autre moyen qui a permis l'essor du fédéralisme coopératif a trait à l'utilisation des compétences concurrentes susceptible d'accorder des pouvoirs communs aux deux ordres de gouvernement dans des domaines particuliers (3).

(1) LEDERMAN W.R. : "Unity and diversity in canadian federalism ; ideals and methods of moderation", op. cit., p. 616.

(2) Ainsi en est-il des affaires urbaines, la recherche scientifique, les communications, la sécurité sociale, la politique d'utilisation des ressources naturelles.

(3) cf. l'article 95 de l'A.A.N.B. relatif à l'agriculture et l'immigration.

Au-delà de ces moyens favorisant l'insertion du fédéralisme coopératif dans la réalité constitutionnelle canadienne, le système des programmes conjoints assortis de subventions conditions constituent le procédé majeur de la coopération intergouvernementale. Il a été vu que par la technique des programmes conjoints, le gouvernement fédéral fixe les principes directeurs de certains projets qui sont réalisés par les provinces. Cependant, dans la mesure où Ottawa subventionnait en partie le projet, il se réservait le droit de contrôler l'affectation des ressources.

Incontestablement cette aide financière fédérale a été d'un appoint appréciable pour les provinces les plus démunies de la Confédération. Par ailleurs, par le biais de l'affectation de fonds publics et par son pouvoir fiscal, le gouvernement fédéral a contribué à restaurer un équilibre entre les provinces les plus modestes et celles les plus riches.

Toutefois au-delà du fait que "(...) le fédéralisme coopératif a été et reste une nécessité pour les provinces pauvres" (1), la coopération intergouvernementale n'a pas atteint les résultats escomptés et s'avère, en définitive, un échec.

Paragraphe 2 - L'échec du fédéralisme coopératif

Pour certains fédéralistes convaincus, le fédéralisme coopératif est loin d'être un échec dans la mesure où, par sa souplesse, il "(...) nous a grandement aidé (...) à mettre au point des méthodes et des procédures qui nous ont permis de supporter les tensions alors que nous étions à la recherche de réajustements tolérables" (2).

(1) TOURTEAU J.B. : "Régionalisme et fédéralisme au Canada : l'exemple des provinces maritimes", Thèse, Paris II, 1973, p. 148.

(2) CORRY J.A. : "Témoignage devant le Comité spécial mixte sur la constitution du Canada", Procès-verbaux, 21 janvier 1971, fascicule n° 36, p. 42. cf. LEDERMAN W.R. : "J'en arrive maintenant à cette première priorité, soit d'avoir un fédéralisme coopératif amélioré et beaucoup plus systématique. A mon avis, les gouvernements fédéral et provinciaux devraient, sur un plan individuel et coopératif, consacrer plus d'efforts sur les problèmes de l'heure (...). Au cours des réunions des ministres, des hauts fonctionnaires et des spécialistes, il vaudrait mieux étudier les aspects particuliers de ces problèmes et les détails des remèdes à y apporter. (...) Chacun des gouvernements adopterait la législation qui s'impose, compte tenu du programme d'ensemble fédéral-provincial" ("Témoignage devant le Comité spécial mixte sur la Constitution du Canada", op. cit., p. 13). L'auteur estime, en outre que "(...) le fédéralisme coopératif comporte des éléments importants de flexibilité pour
.../...

Toutefois si le fédéralisme coopératif pouvait être fructueux dans ses principes, l'utilisation qui en fut faite par les instances fédérales devait susciter l'opposition des provinces contre une telle pratique.

Il conviendra dès lors d'analyser d'une part la récupération du fédéralisme coopératif par le gouvernement fédéral et d'autre part situer la réaction des provinces.

A - La récupération du fédéralisme coopératif par le gouvernement fédéral

Au lieu de servir les intérêts de la communauté canadienne, le fédéralisme coopératif est très vite apparu comme une arme entre les mains du gouvernement fédéral. Cette dénaturation de la coopération intergouvernementale s'est cristallisée au niveau de la concertation et au niveau du pouvoir financier.

Dans des matières relatives au partage des recettes fiscales, le financement des programmes conjoints ou l'égalisation des revenus, le gouvernement fédéral, loin de jouer une concertation loyale, a pratiqué la politique du fait accompli. Trop souvent, en effet, l'administration fédérale a beaucoup plus imposé que proposé le développement de programmes conjoints aux autorités provinciales :

"Nous aimerions être consultés quant à tout ce qui sera fait afin de nous aider à atteindre le niveau de vie national ou à nous en approcher. (...) Il ne faut pas nous donner un programme tout fait et nous dire que c'est à prendre ou à laisser" (1).

Par ailleurs, dans des domaines relevant de la compétence des deux ordres de gouvernement tels que l'assurance médicale ou la pollution de l'environnement, le gouvernement fédéral, loin de se rallier à la concertation, adopta une attitude unilatérale, "(...) usant à la fois de la carotte et du bâton" (2).

... faire face à certains besoins de changements" ("Some forms and limitations of co-operative federalism", R.B.C. 1967, vol. 45, p. 435).

cf. *ibid.* CAPLAN N. : "Some factors affecting the resolution of a federal-provincial conflict", *op. cit.*, p. 177.

(1) Conférence constitutionnelle, Ottawa, 11 février 1969, 4ème séance : l'honorable L.J. ROBICHAUD, Premier ministre du Nouveau-Brunswick, p. 342.

(2) WINTER J. : "Changes in government responsibilities", Atlantic Provinces Economic Council, 28 octobre 1969, p. 52.

A cet égard, le pouvoir financier du gouvernement fédéral s'est avéré un moyen de pression efficace sur les provinces.

1 - Le pouvoir financier fédéral

C'est essentiellement par l'ampleur de ses ressources financières et par son pouvoir de dépenser que les autorités fédérales se sont servies du fédéralisme coopératif à des fins centralisatrices.

De fait, l'argument financier du gouvernement fédéral était d'autant plus persuasif que les provinces ont des pouvoirs fiscaux limités (1). Dès lors, les autorités provinciales en mal de trésorerie n'ont pu résister aux fortes pressions financières d'Ottawa. Ne rencontrant aucune limite à ses initiatives, le gouvernement fédéral utilisa son pouvoir fiscal pour contrôler si non infléchir le déroulement des programmes conjoints. Le pouvoir financier permettait, ainsi, par ce biais, l'intrusion des autorités fédérales dans le champ provincial :

"Le gouvernement fédéral a souvent utilisé ses pouvoirs exceptionnels, volontairement ou non, pour confisquer une portion du pouvoir politique des provinces et assurer son emprise sur les gouvernements locaux" (2).

Une telle manipulation de la coopération intergouvernementale par les instances fédérales ne pouvait manquer, cependant, de soulever l'opposition provinciale face au "chantage" financier d'Ottawa.

B - L'opposition provinciale au fédéralisme coopératif

Pour maints observateurs, le gouvernement fédéral a été le fossoyeur du fédéralisme coopératif par l'usage centralisateur qu'il en a fait. A cet égard, une telle forme d'intégration du fédéralisme "(...) commença, au cours des années soixante, à perdre rapidement son prestige et son efficacité" (3).

(1) Les pouvoirs fiscaux des provinces se limitent partiellement aux seuls impôts directs dont elles ne touchent qu'une partie devant laisser l'autre au gouvernement fédéral.

(2) TOURTEAU J.B. : op. cit., p. 162.

(3) MALLORY J.R. : "Le système constitutionnel canadien", op. cit., p. 111.

Si, en fin de compte, le fédéralisme coopératif s'est révélé être "(...) un régime éphémère" (1), cela tient à l'opposition croissante des provinces, particulièrement du Québec, à une coopération qui permettait, en réalité, une immiscion du gouvernement fédéral dans les affaires provinciales. De fait, loin d'instaurer une interdépendance équilibrée entre les deux ordres de gouvernement, le fédéralisme coopératif a eu pour résultat "(...) de limiter sérieusement l'autonomie provinciale" (2).

Il s'agira, dès lors, d'analyser dans quelle mesure la centralisation sous-jacente à la coopération intergouvernementale a engagé le fédéralisme coopératif dans l'impasse.

1 - La centralisation du fédéralisme coopératif

Pour beaucoup de provinces, le fédéralisme coopératif, au-delà de ses avantages immédiats, entraîne inéluctablement une vassalisation financière des autorités provinciales par Ottawa. En effet, dans la mesure où les ressources financières constituent réellement "(...) la chair et le sang qui habillent le squelette juridique de l'autonomie provinciale" (3), une dépendance progressive des provinces sur le plan financier risquait de transformer celles-ci en de simples annexes du gouvernement fédéral. En tirant, à cet égard, parti de sa puissance financière pour intervenir dans des domaines relevant de la compétence provinciale, le gouvernement fédéral contribuait, par ses initiatives, à diluer l'autonomie des provinces dans une vaste structure unitaire :

(1) SMILEY D. V. : "Canadian federalism and the resolution of the federal-provincial conflict", op. cit., p. 50.

(2) MALLORY J. R. : "The fixe face of federalism", op. cit., p. 11.
cf. ibid. : Le Premier ministre du Québec J. LESAGE déclarait : "Certains ont cru que dans le cadre élastique d'un fédéralisme désormais qualifié de coopératif, il suffisait, pour donner un sens nouveau au régime politique canadien, de consulter les provinces sur la mise en marche de décisions arrêtées d'abord au niveau fédéral. Si tel devait être le cas, on aurait raison de prévoir que les provinces seraient graduellement amenées à coopérer avec le gouvernement central à la mise en oeuvre de politiques fédérales s'appliquant à des domaines de responsabilité et de juridictions provinciales. Vu dans cette optique, le fédéralisme même qualifié de coopératif ne viserait effectivement qu'à obtenir le concours des provinces à des politiques centralisatrices", ("Le Québec "nouveau style" et le fédéralisme coopératif", Le Devoir, 21 mai 1964, p. 4).

(3) AIYAR S. P. : "Federalism and social change", op. cit., p. 130.

"La politique fédérale, constate PRICE, menaçait de transformer les gouvernements provinciaux actifs et autonomes dans les domaines délimités par l'A.A.N.B. en de simples administrations passives, dépendant financièrement du pouvoir central et responsables devant lui pour la gestion de ses programmes politiques. L'initiative pour la législation socio-économique dans les provinces risquait d'être définitivement le fait du pouvoir central et l'indépendance ainsi que le libre choix des programmes politiques par les gouvernements provinciaux tendaient à disparaître" (1).

On réalise, par conséquent, que derrière l'objectif d'établir une certaine cohérence économique fonctionnelle dans l'ensemble du pays, les accords fiscaux comme les programmes conjoints entre les deux ordres de gouvernement illustraient une orientation sensiblement centralisatrice de la politique du gouvernement fédéral.

Face à l'opposition provinciale, un tel détournement des principes du fédéralisme coopératif ne pouvait que conduire à sa condamnation.

2 - La condamnation du fédéralisme coopératif

Le procès du fédéralisme coopératif est demeuré pour certaines provinces à l'instar du Québec le procès de la duplicité des autorités fédérales qui, sous le couvert de projets communs, se sont efforcées d'atteindre leurs propres objectifs politiques.

De fait, en dénonçant vigoureusement dans le fédéralisme coopératif une machine de guerre du gouvernement fédéral, la Province de Québec remettait en cause un tel "(...) rapport incestueux (...)" (2) instauré entre les deux ordres de gouvernement. Déjà, l'avertissement donné par le Premier ministre québécois LESAGE, en 1960, aux autorités fédérales, masquait à peine les profondes réticences du Québec à l'égard du fédéralisme coopératif :

"Actuellement, il y a peu de problèmes économiques qui soient, dans leur portée, exclusivement fédéraux. Les mesures de politique économique influencent presque toujours les provinces. En conséquence, les provinces ne peuvent plus longtemps se satisfaire d'un rôle passif dans de tels domaines ni se résigner à pâtir

(1) PRICE E.M. : "Le nationalisme du Québec face au fédéralisme canadien", op. cit., p. 385.

(2) MALLORY J.R. : "The five face of federalism", op. cit., p. 9.

des conséquences des décisions fédérales arbitraires inattendues dans lesquelles elles n'auraient aucune voix" (1).

La Province de Québec a porté, à cet égard, une large responsabilité dans la faillite du fédéralisme coopératif. A ceux qui prônaient le développement "(...) d'un meilleur et plus systématique fédéralisme coopératif pour le développement et la réforme constitutionnelle" (2), les juristes québécois rejettent la formule du fédéralisme coopératif qui n'est qu'une variante du "(...) statu quo plus ou moins amélioré (...)" (3) :

"L'on a parlé de fédéralisme coopératif, déclarait le professeur BEETZ. Il est possible que ce soit là une diète pour gouvernements minoritaires. (...) Le fédéralisme coopératif, c'est du fédéralisme tempéré par un début d'intégration" (4).

L'échec du fédéralisme coopératif en tant que formule institutionnalisée de la coopération fédérale provinciale relève beaucoup moins de ses principes que de la dénaturation qui en a été faite par les autorités d'Ottawa. Se voulant un substitut dynamique à la fonction arbitrale de la Cour Suprême du Canada, la fonction d'intégration de la coopération intergouvernementale se brise sur les écueils d'un fédéralisme canadien conflictuel.

(1) J. LESAGE, Premier ministre du Québec, Conférence fédérale-provinciale, 1960, Ottawa, p. 126.

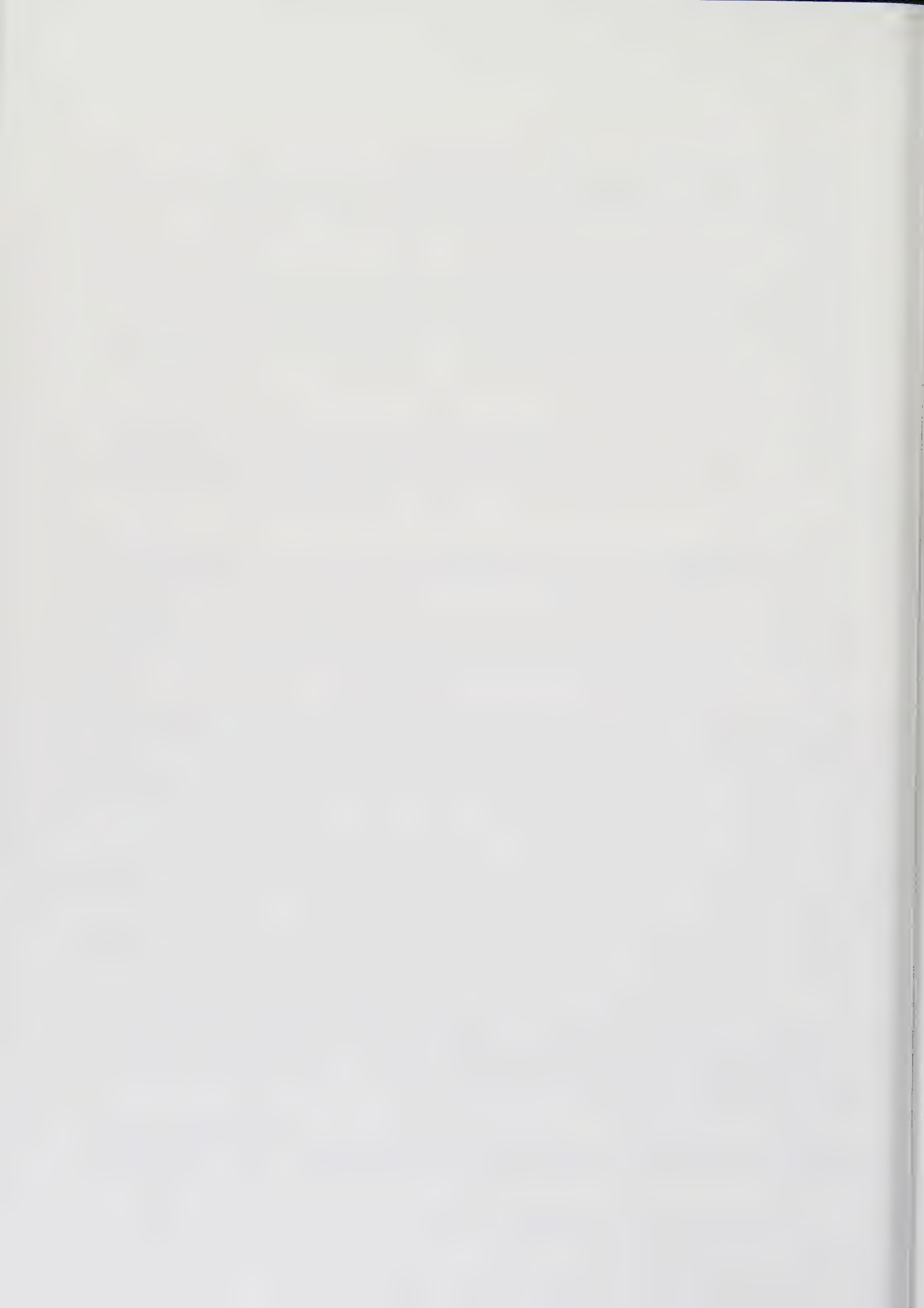
(2) LEDERMAN W.R. : "Cooperative federalism : constitutional revision and parliamentary government in Canada", Q.Q. 1971, vol. 78, p. 13.

(3) BROSSARD J. : "Fédéralisme et statut particulier", op. cit., p. 427.

(4) BEETZ J. : "Les attitudes changeantes du Québec à l'endroit de la constitution de 1867", op. cit., p. 136.

cf. ibid. : LEGER J.M. : "L'expression de "fédéralisme coopératif" s'accompagne d'un nouvel et vigoureux assaut contre certaines prérogatives des Etats provinciaux et d'une nouvelle manifestation de la philosophie centralisatrice (...) que les gouvernements d'Ottawa sont fatalement portés à incarner de plus en plus dans les faits. (...). Le "fédéralisme coopératif" est évidemment le nouveau visage de la centralisation, la formule et le slogan de la centralisation habile et perfide", ("Le "fédéralisme coopératif" ou le nouveau visage de la centralisation" in "Canadian Federalism - Myth or reality" (MEEKISON J. P.) 1968, p. 318 et 319).

cf. ibid. : SMILEY D.V. : "Co-operative federalism : an evaluation", in "Canadian Federalism - Myth or reality" (MEEKISON J. P.) 1971, p. 332.



SECTION II - LES CONFERENCES FEDERALE - PROVINCIALES : UNE TENTATIVE D'EVOLUTION DU FEDERALISME CANADIEN PAR LA NEGOCIATION

Autant le fédéralisme coopératif avait-il été institutionnalisé comme mode de substitution à l'arbitrage de la Cour Suprême, autant les conférences fédérale - provinciales se sont-elles développées en dehors de tout cadre de référence précis. De fait, un tel empirisme comme la souplesse de ce mécanisme consultatif expliquent à la fois leur multiplication et l'accroissement de leur rôle politique parallèlement au déclin de la Cour Suprême du Canada dans le domaine constitutionnel.

Aussi conviendra-t-il, d'une part de situer dans son contexte ce glissement du débat constitutionnel et d'autre part d'évaluer la portée d'un tel glissement.

Paragraphe 1 - Le contexte du glissement du débat constitutionnel

Révélatrices de la rigidité constitutionnelle de l'A. A. N. B. (1) de 1867, les conférences fédérale-provinciales sont devenues, sans nul doute, un élément majeur du fédéralisme canadien contemporain. En effet, périodiquement, le gouvernement fédéral et les provinces fédérées se retrouvent autour de la table des négociations pour débattre de diverses questions d'ordre constitutionnel.

Il y aura lieu à cet égard de mesurer la dimension du développement des conférences fédérale-provinciales avant de nous interroger sur le fondement de ces dernières.

A - L'importance du développement des conférences fédérale- provinciales

Le rôle accru des conférences fédérale-provinciales apparaît

(1) cf. VEILLEUX G. : "L'absence d'une formule de modification, dont la rigidité constitutionnelle est l'effet, a été compensée par le moyen des conférences et des réunions fédérales-provinciales", ("Les relations intergouvernementales au Canada 1867-1967", Les Presses de l'Université du Québec, 1971, p. 10).

d'autant plus paradoxal qu'il ne s'appuie sur aucune base constitutionnelle (1). C'est dire que le succès d'un tel mécanisme consultatif a procédé essentiellement d'une démarche empirique qui s'est articulée autour du rejet de toute forme d'intervention judiciaire en matière constitutionnelle.

"Les gouvernements tendent maintenant à utiliser des modes de règlement négociés non judiciaires pour résoudre un conflit constitutionnel récent et ne sont pas prêts d'être disposés à soumettre de tels problèmes aux cours" (2).

De déplacement sensible des enjeux du fédéralisme canadien de l'instance juridictionnelle vers l'instance politique est patent pour nombre d'observateurs. De fait, "alors qu'il y a trente ans, estime STRAYER, les lignes de combat du fédéralisme se trouvaient en grande partie dans les cours,

(1) La Charte canadienne de Victoria préconisait en 1971 la constitutionnalisation dans son article 48 de la procédure des conférences fédérale-provinciales : "Une conférence réunissant le Premier ministre du Canada et les Premiers ministres des provinces est convoquée par le Premier ministre du Canada au moins une fois par an, à moins que la majorité des membres qui la composent décident de ne pas la tenir". Dans son rapport de 1972, le Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des Communes sur la Constitution du Canada recommandait également une telle constitutionnalisation (op. cit., p. 54).

- Divers auteurs sont favorables à cette mesure : ainsi BEAUDOIN G.A. considère qu' "il serait souhaitable de consacrer dans notre constitution l'existence et le processus de déroulement des conférences fédérales-provinciales qui ont revêtu une grande importance dans notre histoire constitutionnelle récente", ("Le fédéralisme face à la société post-industrielle : au Canada", op. cit., p. 55). McWHINNEY E. estime, de son côté, que c'est dans l'enceinte de telles conférences "(...) que prennent place les compromis affectant le régime fédéral. Et c'est peut-être une bonne raison pour faire de la conférence fédérale-provinciale une institution suivant une formule écrite constitutionnelle lui attribuant un secrétariat, stipulant sur ses procédures, et renfermant même une disposition en vertu de laquelle des personnes y seraient élues", ("Témoignage devant le Comité spécial mixte sur la Constitution du Canada", Procès-verbaux, 12 novembre 1970, fascicule n° 10, p. 31).

(2) WEILER P.C. : "The supreme court and the law of canadian federalism", op. cit., p. 367.

cf. SIMEON R. : l'auteur souligne à cet égard combien l'avis de 1967 sur les droits miniers sous-marins constituait "(...) une violation des règles du jeu puisque l'affaire était un conflit politique qui devait être réglé politiquement. Ainsi, la Cour Suprême n'est-elle pas une arène importante pour la discussion fédérale-provinciale", ("Federal-provincial diplomacy - the making of recent policy in Canada", University of Toronto Press, 1972, p. 30).

aujourd'hui elles sont dans les conférences fédérale-provinciales" (1).

Au-delà de la constatation de cette évacuation des règlements de conflit vers l'enceinte des conférences devenues ainsi "(...) le lieu principal pour résoudre le problème communautaire au Canada (...)" (2), convient-il d'apprécier les facteurs qui ont permis un développement si rapide des conférences fédérale-provinciales.

B - Les facteurs de développement des conférences fédérale-provinciales

L'expansion prise par le mécanisme des conférences fédérale-provinciales participe incontestablement d'une réaction de rejet à l'encontre de la Cour Suprême du Canada en particulier et du pouvoir judiciaire en général.

De fait, la contestation dont a été l'objet le tribunal suprême canadien, la réputation de partialité qui s'est attachée à ce dernier ont joué un rôle déterminant dans l'éclosion des conférences fédérale-provinciales :

"(...) quelques provinces, souligne SEYFFERT, deviennent moins respectueuses de la Cour Suprême en tant qu'arbitre impartial (...) et préfèrent à la place rechercher des négociations avec le gouvernement central à la table de marchandage des conférences fédérale-provinciales qui ont bourgeonné dans les dix dernières années" (3).

(1) STRAYER B. L. : "The flexibility of the B.N.A. Act", in "Agenda 1970 : proposals for a creative politics", University of Toronto Press, 1968, p. 203. cf. *ibid.* : RUSSELL P. H. : "La négociation politique, la diplomatie fédérale-provinciale (...) a été et devrait continuer à être le processus normal pour négocier des solutions à ces conflits", ("A political scientist's view", *op. cit.*, p. 299).

(2) McWHINNEY E. : "Federal supreme courts and constitutional review", *op. cit.*, p. 604.

(3) SEYFFERT R. W. J. : "A study of the supreme court of Canada as an institution of constitutional law reform", *op. cit.*, p. 18. cf. *ibid.* SIMEON R. : "(...) la négociation entre les gouvernements fédéral et provinciaux est un trait central du système fédéral canadien. (...) A travers le mécanisme de la négociation fédérale-provinciale, le système canadien a subi certains changements importants dans les dernières années (...)" (*op. cit.*, p. 298). cf. *ibid.* : TREMBLAY A. : "L'arbitre d'un système fédéral : Canada", *op. cit.*, p. 148.

Cependant le développement de telles conférences ne s'est pas seulement nourri de la suspicion entretenue autour de la Cour Suprême. Il s'est aussi et surtout bâti sur le constat de l'incapacité du pouvoir judiciaire à dénouer les litiges entre les deux ordres de gouvernement. Cette inadaptation de l'outil juridictionnel permet, dès lors, de comprendre pourquoi "(...) le mécanisme de la consultation intergouvernementale est devenu d'une manière croissante institutionnalisé et légitimé" (1).

A l'opposé d'une interprétation judiciaire lourde et rigide, la technique des conférences fédérale-provinciales s'avère beaucoup plus souple et par conséquent plus appropriée dans la recherche de règlement des conflits. De fait, basées sur le principe de la négociation continue et sur le compromis politique, les conférences fédérale-provinciales répondent certainement le mieux à la situation conflictuelle du fédéralisme canadien :

"Les négociations sont d'habitude plus fructueuses dans une atmosphère où les revendications ambiguës peuvent être acceptées gracieusement l'une en échange de l'autre (...)" (2).

Considérés par d'aucuns comme étant d'une plus grande efficacité que l'arbitrage juridictionnel, "(...) ces nouveaux mécanismes (...)" (3) seraient ainsi de nature à faire évoluer rapidement la structure fédérale canadienne. Par ailleurs, les conférences fédérale-provinciales sont plus à même d'affronter la complexité et l'interdépendance croissante des problèmes économiques. A cet égard, on constate que "dans le domaine économique, l'utilisation des conférences fédérale-provinciales pour résoudre les problèmes économiques communs a tendu à éloigner les cours des controverses (...)" (4).

Il y a lieu, dès lors, de constater que la grande maniabilité de l'outil de la négociation intergouvernementale a "(...) tendu à maintenir en dehors des cours des litiges sur la question de la répartition du pouvoir législatif" (5).

(1) SEYFFERT R.W.J., op. cit., p. 18.

(2) WEILER P.C. : "In the last resort - a critical study of the supreme court of Canada", op. cit., p. 175.

(3) DUBUC A. : "The decline of Confederation and the new nationalism", op. cit., p. 129.

(4) FOUTS D.E. : "Policy-making in the supreme court of Canada 1950-1960", op. cit., p. 266.

(5) CHEFFINS R.I. : "The supreme court of Canada : the quiet court in an unquiet country", op. cit., p. 268.

Toutefois, au-delà de ce constat de la marginalisation du pouvoir judiciaire par la réunion des conférences fédérale-provinciales, il convient de se demander si un semblable glissement de l'expression des conflits en matière constitutionnelle a véritablement débouché sur une redéfinition tangible du rapport d'équilibre entre les deux ordres de gouvernement.

En l'occurrence, il s'agit d'examiner dans quelle mesure "(...) à travers l'action "diplomatique", à travers le marchandage politique direct entre le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux (...) " (1), l'incidence constitutionnelle des conférences fédérale-provinciales a pu entraîner des changements notables au sein de la structure fédérale.

Paragraphe 2 - La portée du glissement du débat constitutionnel

Le développement accéléré des conférences fédérale-provinciales a incontestablement eu des répercussions sur l'évolution constitutionnelle du fédéralisme canadien (2). De fait, le système des conférences fédérale-provinciales a consolidé une politique de coopération sinon de concertation entre les deux ordres de gouvernement. Ainsi a-t-elle fourni l'occasion au gouvernement d'Ottawa d'entreprendre l'élaboration de projets communs avec les gouvernements provinciaux. Par ailleurs, le développement de telles conférences contribue sans nul doute à une meilleure reconnaissance des problèmes qui se posent tant au niveau fédéral que provincial. Jouant, à cet égard, le rôle d'un véritable forum de discussion, les conférences fédérale-provinciales favorisent beaucoup plus facilement que l'arbitrage juridictionnel, la confrontation des idées et par là-même la maturation des conflits.

Est-ce à dire qu'un tel mécanisme de négociation intergouvernementale est en mesure d'enclancher des solutions viables quant au nécessaire rééquilibrage du fédéralisme canadien dans le sens d'une répartition plus juste des compétences ? D'aucuns en doutent profondément et constatent que "(...) le peu de succès de ces conférences plénières a semblé faire perdre confiance en efficacité de tout genre de rencontres collectives" (3).

(1) McWHINNEY E. : "Pluralistic federalism in Canada", op. cit., p. 49.

(2) cf. FOX P. : "Ces conférences (...) ont été d'une signification particulière dans la discussion et la résolution de questions fiscales, de santé et constitutionnelles importantes", ("Canadian government", Toronto, Ryerson Press, 1964, p. 24).

(3) BIRD E.A. : "Certains aspects historiques et institutionnels du fédéralisme canadien", op. cit., p. 88.

Au-delà de l'apparente bonne volonté des parties illustrée par la fréquence des réunions intergouvernementales, il y a lieu de se demander dans quelle mesure la faible incidence de celles-ci sur le plan constitutionnel ne relève pas de l'attitude des autorités fédérales.

C'est dire combien l'ambivalence des conférences fédérale-provinciales doit être rattachée à l'utilisation faite par le gouvernement fédéral qui a trouvé en elles un outil politique adéquat pour asseoir une politique centralisatrice à l'endroit des provinces.

Il s'agira, par conséquent, de montrer jusqu'à quel point la main-mise du gouvernement fédéral sur les conférences intergouvernementales a hypothéqué la capacité de cet outil à assurer une mutation constitutionnelle équilibrée de la structure fédérale canadienne.

A - La main-mise d'Ottawa sur les conférences fédérale-provinciales

Pour beaucoup d'hommes politiques québécois (1), le mécanisme des conférences fédérale-provinciales n'est qu'un simulacre de concertation. A leurs yeux, ce serait une erreur de voir dans l'expansion de celles-ci depuis quelques années une conversion subite du gouvernement fédéral aux avantages d'une fructueuse et saine consultation entre les deux ordres de gouvernement.

De fait, on s'aperçoit qu'un tel système de réunions intergouvernementales fait beaucoup plus office d'alibi de participation que de concertation véritable. A cet égard, la fréquence des conférences participe en réalité de la volonté d'Ottawa de développer des politiques nationales qui nécessitent, pour leur réussite, la collaboration étroite des gouvernements provinciaux. Ainsi, le gouvernement fédéral utilise-t-il les conférences fédérale-provinciales essentiellement comme un instrument de mobilisation et de conditionnement des provinces (2).

(1) cf. MORIN C., actuellement ministre péquiste des affaires intergouvernementales, "Le combat québécois", Montréal, Ed. Boréal, 1973, p. 75.

(2) cf. PHILIP C. : "(...) le gouvernement fédéral sait se servir de ces réunions pour les transformer en un puissant outil à son profit". Ces conférences sont, pour l'auteur, des "instruments de la "pénétration fédérale" (...)", ("La situation politique et constitutionnelle au Québec après les élections du 29 octobre 1973", op. cit., p. 479 et 480).

En l'espèce, le gouvernement fédéral dispose, pour imposer ses vues, de moyens de pression importants. Il est à noter d'abord qu'Ottawa ne convoque jamais une conférence fédérale-provinciale sans l'avoir au préalable méthodiquement préparée. En outre, en bénéficiant de la présidence automatique des conférences, les autorités fédérales s'arrogent un cumul avantageux : celui de représenter le gouvernement d'Ottawa et celui de présider une réunion dont il est l'un des participants.

En outre, les représentants fédéraux sont maîtres dans l'élaboration de l'ordre du jour. Si les gouvernements provinciaux ont la possibilité de suggérer diverses questions à soumettre à l'examen, c'est Ottawa seul qui reste l'arbitre ultime de l'agencement des questions et de leur importance. Pivot dans l'organisation des conférences fédérale-provinciales, Ottawa l'est aussi géographiquement dans la mesure où la plupart des conférences fédérale-provinciales se déroulent dans la capitale canadienne.

Mais c'est surtout dans la marche des négociations que le poids du gouvernement fédéral s'avère patent. Arrivant avec des dossiers solides assortis d'arguments financiers convaincants, les représentants du gouvernement fédéral arbitrent la discussion. Epaulé puissamment par une administration fédérale compétente et efficace, Ottawa peut facilement avancer des propositions, indiquer les mesures souhaitables à prendre ou tout simplement mettre en pièce les objections soulevées par les gouvernements provinciaux. Dans la mesure où ces derniers sont souvent incapables d'opposer des solutions de rechange, ils se voient contraints dans la plupart des cas d'acquiescer aux propositions fédérales.

On réalise ainsi la position de force occupée par Ottawa dans sa détermination de faire avaliser ses projets par les provinces. Cependant, une telle hégémonie fédérale dans les débats intergouvernementaux a mis paradoxalement en relief les limites de l'apport des conférences fédérale-provinciales.

B - Les limites de l'apport des conférences fédérale-provinciales

Le tassement grandissant de l'efficiencia des conférences fédérale-provinciales est dû pour une large part à la prise de conscience progressive des provinces de l'orientation centralisatrice de la politique fédérale. La résistance la plus forte est venue de la Province de Québec. Celle-ci, en effet, par ses revendications pour une plus grande autonomie, a contribué à gripper le mécanisme huilé des consultations intergouvernementales.

A cet égard, si les réunions intergouvernementales présentent l'avantage de ne pas occulter les conflits fondamentaux dans un cadre juridique, comme en témoigne l'arbitrage de la Cour Suprême, celles-ci ne sont pas en mesure de dépasser le stade de l'expression de ces conflits. Ancrées au cœur même de l'antagonisme existant entre l'inertie centralisatrice du gouvernement fédéral et la logique indépendantiste du Québec, les conférences fédérale-provinciales sont passées d'une confrontation à un affrontement de deux conceptions du fédéralisme canadien actuel : l'une défendue par le Premier ministre TRUDEAU considérant que la structure fédérale canadienne est capable de ménager au Québec une autonomie substantielle ; l'autre défendue par le Premier ministre québécois R. LEVESQUE qui estime qu'une telle structure est beaucoup plus un obstacle qu'une aide pour l'émancipation du Québec. C'est dire combien les conférences fédérale-provinciales, jouant le rôle de cristallisateur de l'opposition radicale entre Ottawa et la Province de Québec, ne sont en fin de compte que l'alibi d'un fédéralisme en survie.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

N'en déplaise à certains (1), il semble désormais malheureusement trop tard : la contestation de la légitimité de la haute cour canadienne a atteint un point de non-retour. De fait, quelques trente années après sa consécration comme gardien et interprète ultime de la constitution de 1867, la Cour n'est point parvenue à faire oublier à la Province de Québec en particulier les relents centralisateurs qui ont entouré son accession à la magistrature suprême en 1949.

Perçu à juste titre trop proche du gouvernement fédéral tant de par sa structure que de par sa juridiction, le tribunal suprême canadien n'a jamais, par ailleurs, été en mesure d'imposer à l'ensemble des provinces la crédibilité d'un arbitre constitutionnel impartial. Servant le plus souvent de caution juridique aux visées unitaires des autorités d'Ottawa, la Cour Suprême a joué un rôle politique manifeste dans l'accélération de la centralisation du régime fédéral canadien depuis la deuxième guerre mondiale. Ainsi, à travers la remise en cause de sa fonction arbitrale transparaît, de toute évidence, la fonction politique du haut tribunal :

"Si l'arbitre constitutionnel bloque le québécois dans ses aspirations fondamentales ou encore s'il donne une trop grande impression de partialité, ce sera peut-être un argument supplémentaire pour terminer l'expérience centenaire d'une union politique qui est devenue un simulacre de fédéralisme" (2).

A cet égard, révélateur des contradictions croissantes qui secouent à l'heure actuelle la structure fédérale du Canada, l'effacement de l'impact constitutionnel de la Cour Suprême demeure intimement lié à l'exacerbation aiguë des antagonismes entre les appétits centralisateurs de l'Etat fédéral et les revendications autonomistes du Québec. Bouc-émissaire des accusations portées par le gouvernement québécois à l'endroit de la "défédéralisation" notable du régime constitutionnel canadien depuis 1949, la haute

(1) BEAUDOIN G.A. pense qu' "il est temps qu'elle s'approprie au Canada le rôle que la nature même des choses l'invite à jouer", ("Le Fédéralisme face à la société post-industrielle : au Canada", op. cit., p. 55).

(2) PATENAUDE P. : "Le Québec et la Cour Suprême", op. cit., p. 143.

cour ne renvoie, pourtant, en dernière analyse, que le reflet d'une construction fédérale faussée dans ses équilibres fondamentaux.

C'est dire combien la désagrégation de l'efficience constitutionnelle de la Cour Suprême s'explique essentiellement par l'amorce de mouvements de désintégration du système fédéral :

"(...) le fédéralisme canadien est, estime COWELL, potentiellement capable de rupture par l'action et la réaction de la province de Québec. (...). L'échec pour se mettre d'accord sur une méthode d'adaptation constitutionnelle constitue une force potentielle d'éclatement dans un système politique fonctionnant dans un milieu caractérisé par une potentialité plutôt élevée de rupture" (1).

Dans un tel contexte, les nouveaux mécanismes institutionnels mis en place par Ottawa font figuré de colmatage improvisé dans un vaisseau constitutionnel qui prend l'eau de tous côtés. Le marginalisation de la haute juridiction canadienne n'amène ainsi que des replatrages politiques centralisateurs qui pérennisent une situation politique inchangée.

Tout déblocage du fédéralisme canadien ne saurait, dès lors, passer par un quelconque maquillage constitutionnel inspiré par un souci d'apaisement mais par une refonte radicale de la répartition des compétences entre les deux ordres de gouvernement (2). Mais n'est-ce pas là un prix trop lourd pour sauver le fédéralisme canadien de 1867 ?...

(1) COWELL D.A. : "Devising an amendment formula for Canada : the development of the Fulton Favreau formula", op. cit., p. 71-72.

(2) cf. TREMBLAY A. : "La réforme des institutions politiques ne doit pas être strictement formelle et se limiter à des réaménagements de dentelle. (...) Penser également qu'on réglera cette crise en dotant notre constitution d'un mécanisme d'amendement et rapatriant celle-ci, (...) en constitutionnalisant (...) le statut de la Cour Suprême (...) cela est faire preuve d'un optimisme non autorisé dans les circonstances. Je ne dis pas qu'il ne faille pas accomplir ces réaménagements minima, je dis qu'ils ne suffisent pas. Québec n'acceptera pas de réformes de parures.", ("Une troisième voie est-elle possible ?", Le Devoir, 29 octobre 1977, p. 6).

CONCLUSION GENERALE :

UNE TOUR DE PISE EN PERIL



L'oeuvre jurisprudentielle de la Cour Suprême du Canada découvre, dans le domaine constitutionnel, un contenu à la fois logique et révélateur.

Centralisatrice dans sa tendance générale, la jurisprudence du haut tribunal témoigne d'une réelle logique puisqu'elle s'harmonise parfaitement avec la démarche des constituants de 1867 qui assignaient au gouvernement fédéral une prééminence de droit au sein du nouvel édifice constitutionnel.

Par ailleurs, l'orientation prise par la jurisprudence de la Cour s'avère révélatrice dans la mesure où les attaques de la Province de Québec l'ont disqualifiée en tant qu'arbitre. Ce n'était là qu'un des symptômes de la crise du fédéralisme canadien. Ainsi, à une Cour Suprême à la recherche d'une vaine légitimité jurisprudentielle correspond un système constitutionnel en quête d'un consensus introuvable.

Parce que beaucoup voient dans la Cour Suprême l'illustration du reniement de l'héritage jurisprudentiel du Comité Judiciaire du Conseil Privé, les critiques à son endroit participent moins de son impact réel, en matière constitutionnelle, que de sa représentation symbolique au sein du fédéralisme canadien. Rien ne sert, à cet égard, de s'évertuer à réduire la dimension politique de la Cour (1) dans la mesure où cette dimension a une portée profondément symbolique. Certes, l'hostilité québécoise vis-à-vis de la haute juridiction canadienne s'enracine dans une critique de sa jurisprudence jugée trop centralisatrice. Toutefois la défiance du Québec s'alimente aussi de l'image d'une Cour assimilée au "bras judiciaire" du gouvernement fédéral.

Le glissement progressif du débat constitutionnel depuis 1949 de l'enceinte juridictionnelle au forum politique s'appuie aussi bien sur le rejet d'une institution judiciaire taxée de partialité que de l'inadaptation de cette dernière à restaurer un équilibre constitutionnel entre l'Etat fédéral et les provinces fédérées. Partie prenante au conflit qui oppose les deux ordres de gouvernement, le tribunal suprême canadien ne saurait, par conséquent, en être le juge.

(1) RUSSELL P.H. estime à cet égard que "(...) son impact politique n'a pas été grand", ("The political role of the supreme court in Canada in its first century", op. cit., p. 576). cf. ibid., p. 590.

Dans une telle perspective, l'érosion graduelle de la fonction arbitrale de la haute Cour ne présage-t-elle pas un déclin irrémédiable ? Face à une éventualité semblable, on constate une divergence de réactions qui se fondent sur des conceptions particulières du fédéralisme.

Ainsi, d'aucuns, à l'instar du professeur LEDERMAN, tout en admettant qu'aucune institution n'est parfaite, considèrent que "(...) la Cour Suprême du Canada devrait continuer dans sa fonction présente et son pouvoir d'interprétation ultime de la répartition des pouvoirs législatifs" (1). Le professeur WHINNEY estime, pour sa part, que l'accroissement progressif du rôle de la Cour Suprême s'avère "(...) à la fois inévitable et aussi nécessaire et désirable" (2). La justification de la Cour Suprême est, à l'évidence, étayée par une perception traditionnelle de l'organisation d'une structure fédérale donnée.

D'autres sont beaucoup plus réservés quant à l'importance future de l'arbitrage constitutionnel de la Cour Suprême entre les deux ordres de gouvernement. Si, en l'occurrence, pour RUSSELL, l'interprétation par la Cour de la constitution "peut être importante à l'avenir" (3), SMILEY est plutôt enclin à "(...) croire que les cours continueront à jouer un rôle relativement secondaire dans la détermination que le fédéralisme prendra (...) " (4). Certains inclinent à penser que l'affaïssement de la Cour Suprême dans sa fonction interprétative du partage des compétences pourrait être enrayé à condition que "(...) la Cour Suprême fasse preuve d'imagination créatrice et d'audace si nécessaire et assure le fonctionnement harmonieux du jeu du fédéralisme" (5).

S'il convient de rester prudent et de se défier des "(...) prédictions rapides sur le rôle futur du judicial review (...) " (6), la réalité de la marginalisation croissante de la Cour Suprême soulève implicitement la

(1) LEDERMAN W.R. : "The balanced interpretation of the federal distribution of legislative powers in Canada", op. cit., p. 112.

(2) McWHINNEY E. : "Judicial review in the English-speaking world", op. cit., p. 200.

(3) RUSSELL P.J. : "The political role of the supreme court of Canada in its first century", op. cit., p. 590.

(4) SMILEY D.V. : "Canadian federalism and the resolution of the federal-provincial conflict", op. cit., p. 56.

(5) BEAUDOIN G.A. : "La Cour Suprême et le partage des compétences législatives", op. cit., p. 54.

(6) SMILEY D.V. : *ibid. supra*, p. 61.

question de l'utilité véritable d'une telle instance arbitrale dans un régime fédéral aussi unitaire que celui du Canada. De fait, dans un tel régime où l'impasse constitutionnelle se traduit par une politisation accrue des litiges entre le gouvernement fédéral et les provinces fédérées, il y a lieu de se demander avec WEILER "(...) si un système fédéral, en particulier le fédéralisme canadien, a besoin réellement d'un arbitre judiciaire pour survivre d'une manière acceptable (...) " (1).

Déjà en 1865, un des Pères fondateurs, Sir John A. MacDONALD, se posait une semblable question. Aujourd'hui, plus que jamais le haut tribunal, adossé au mur d'un passé qui le renie, se voit récusé par l'avenir. Alors, enlisée dans les sables mouvants de la Confédération canadienne, la Cour Suprême du Canada n'aurait-elle pour tout destin de n'être, à l'instar de la Tour de Pise, qu'une condamnée en sursis ?

(1) WEILER P.C. : "In the last resort - a critical study of the supreme court of Canada", op. cit., p. 174.

ANNEXES

ACTE DE L'AMERIQUE DU NORD BRITANNIQUE, 1867

(30-31 Vict. c. 3. R.U.)

Révisé en date de 1972

Loi en vue d'unir le Canada, la Nouvelle-Ecosse et le Nouveau-Brunswick, d'instaurer le gouvernement de cette union et de statuer sur les sujets connexes. (sanctionnée le 29 mars 1867).

Considérant que les provinces du Canada, de la Nouvelle-Ecosse et du Nouveau-Brunswick ont exprimé le désir de se fédérer en un dominion sous l'autorité de la Couronne du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande et régi par une constitution semblable en principe à celle du Royaume-Uni ;

Considérant qu'une telle union contribuerait à la prospérité de ces provinces et favoriserait les intérêts de l'Empire britannique ;

Considérant qu'il est souhaitable que le Parlement, en décrétant cette union, prévoie non seulement la constitution du pouvoir législatif mais définisse également la nature du pouvoir exécutif dans le Dominion ;

Considérant qu'il convient de prévoir l'entrée éventuelle d'autres parties de l'Amérique du Nord britannique dans l'union projetée ;

A ces causes, Sa Très Excellente Majesté la Reine, sur l'avis et du consentement des Lords spirituels et temporels et des Communes assemblés en session du présent Parlement, et en vertu de l'autorité de ce Parlement décrète et ordonne ce qui suit (1) :

I - PRELIMINAIRES

1. La présente loi peut être citée sous le titre "L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867".
2. Les dispositions de la présente loi se rapportant à la Reine sont également applicables aux héritiers et successeurs de Sa Majesté, rois ou reines du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande (2).

II - L'UNION

3. Il est loisible à la Reine, sur l'avis du Conseil Privé de Sa Majesté de déclarer par proclamation que les provinces du Canada, de la

(1) La loi de 1893 sur la révision du droit statutaire a abrogé cet alinéa.

(2) Cet article a été abrogé par la loi de 1893 sur la révision du droit statutaire.

Nouvelle-Ecosse et du Nouveau-Brunswick forment et constituent un seul Dominion à une date à être déterminée qui ne doit pas excéder un délais de six mois de l'adoption de la présente loi et, à compter de cette date de ces trois provinces formeront et constitueront un seul Dominion appelé Canada (3).

4. A moins de dérogations expresses ou implicites le nom Canada désigne le Canada tel que constitué par la présente loi (4).

5. Le Canada est divisé en quatre provinces qui portent les noms suivants : Ontario, Québec, Nouvelle-Ecosse et Nouveau-Brunswick (5).

6. Dans la province du Canada telle qu'elle existe au moment de l'adoption de la présente loi, les deux parties qui constituaient autrefois l'une la province du Haut-Canada et l'autre, la province du Bas-Canada, sont réputées ne plus être unies et forment deux provinces distinctes. La partie qui constituait autrefois la province du Haut-Canada devient la province d'Ontario et la partie qui constituait autrefois la province du Bas-Canada devient la province de Québec (6).

7. Les provinces de la Nouvelle-Ecosse et du Nouveau-Brunswick conservent les frontières qu'elles possèdent au moment de l'adoption de la présente loi.

8. Dans le recensement général de la population du Canada que la présente loi prescrit de faire en 1871, et tous les dix ans par la suite, la population de chacune des quatre provinces doit être dénombrée séparément.

III - LE POUVOIR EXECUTIF

9. Le gouvernement et le pouvoir exécutif au Canada continuent d'appartenir à la Reine et sont attribués à celle-ci.

10. Les dispositions de la présente loi se rapportant au Gouverneur

(3) Une proclamation datée du 22 mai 1867 a fixé cette date au 1er juillet 1867.

(4) Article abrogé partiellement par la loi de 1893 sur la révision statutaire ; le texte original était le suivant : "A moins de dérogations expresses ou implicites, les dispositions suivantes de la présente loi sont en vigueur à compter de l'Union c'est-à-dire à compter du jour qui sera fixé par proclamation de la Reine. A moins de dérogations expresses ou implicites, le nom Canada employé dans les dites dispositions désigne le Canada tel que constitué par la présente loi".

(5) Le Canada compte désormais 10 provinces et 2 territoires non encore organisés en province.

(6) Pour les frontières actuelles du Québec, cf. la Loi de la Division Territoriale, S.R.Q. 1964 c. 5 ; quant à celles de l'Ontario, cf. l'article 6 de la présente loi et la modification de 1889 de l'A.A.N.B.

général s'appliquent au Gouverneur général en fonction ou à tout autre chef de l'Exécutif ou administrateur qui, sous quelque titre qu'on le désigne, gouverne alors le Canada au nom de la Reine.

11. Un conseil appelé Conseil Privé de la Reine assiste et conseille le Gouverneur général dans le gouvernement du Canada ; les personnes qui font partie de ce Conseil sont choisies et nommées par le Gouverneur général et elles prêtent le serment de conseiller privé. Le Gouverneur général peut, à l'occasion, révoquer les membres de ce Conseil.

12. Dans la mesure où ils subsistent et demeurent susceptibles d'être exercés à l'égard du gouvernement du Canada après l'union, les pouvoirs, autorités et fonctions conférés par une loi du Parlement de la Grande-Bretagne, du Parlement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande, de la Législature du Haut-Canada, du Bas-Canada, du Canada, de la Nouvelle-Ecosse ou du Nouveau-Brunswick, au Gouverneur ou Lieutenant-gouverneur de ces provinces et que ce dernier exerce ou peut exercer au moment de l'union, soit sur l'avis du Conseil exécutif de sa province, soit de l'avis et du consentement de ce Conseil, soit de concert avec ce Conseil ou un nombre quelconque de ses membres, soit seul, sont conférés au Gouverneur général qui peut les exercer selon le cas, soit sur l'avis du Conseil Privé de la Reine au Canada, soit de l'avis et du consentement de ce Conseil, soit de concert avec ce Conseil ou avec un nombre quelconque de ses membres, soit seul. Le Parlement du Canada peut toutefois supprimer ou modifier ces pouvoirs, autorités et fonctions à moins que ceux-ci n'aient été édictés par une loi du Parlement de la Grande-Bretagne ou du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande (7).

13. Les dispositions de la présente loi qui réfèrent au Gouverneur général en conseil doivent s'interpréter comme si elles référaient au Gouverneur général agissant sur et suivant l'avis du Conseil Privé de la Reine au Canada.

14. Il est loisible à la Reine, si Sa Majesté le juge à propos, d'autoriser le Gouverneur général à désigner, chaque fois qu'il y a lieu, une ou plusieurs personnes conjointement ou séparément selon le cas, pour être son ou ses délégués dans une ou plusieurs parties du Canada pour exercer, en cette qualité, toute partie des pouvoirs, autorités ou fonctions que le Gouverneur général juge nécessaire ou à propos d'assigner à ce ou ces délégués, en tenant compte toutefois des restrictions que la Reine a imposées et des instructions qu'elle a données. Mais la nomination de ce ou ces délégués n'empêche pas le Gouverneur général d'exercer lui-même les pouvoirs, autorités et fonctions qui lui appartiennent.

15. Le commandement en chef des milices de terre et de mer et de toutes forces militaires et navales au Canada continue d'appartenir à la Reine et est attribué à celle-ci.

(7) Le Statut de Westminster de 1931 a supprimé cette restriction à l'égard des lois du Parlement de Grande-Bretagne : cf. art. 65 et 129.

16. Jusqu'à ce que la Reine en ordonne autrement, la ville d'Ottawa est le siège du gouvernement du Canada.

IV - LE POUVOIR LEGISLATIF

17. Il y a pour le Canada un parlement composé de la Reine, d'une chambre haute appelée Sénat et d'une Chambre des Communes.

18. Le Sénat, la Chambre des Communes et les membres respectifs de ces chambres possèdent et exercent les pouvoirs et privilèges et jouissent des immunités que le Parlement du Canada peut déterminer de temps à autre par voie de législation, mais aucune loi du Parlement du Canada déterminant ces pouvoirs, privilèges et immunités ne peut en conférer de plus étendus que ceux que la Chambre des Communes du Parlement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande et ses membres peuvent posséder, exercer et dont ils peuvent jouir au moment de l'adoption de la présente loi (8).

19. Le Parlement du Canada doit être convoqué dans les six mois qui suivent l'union (9).

20. Le Parlement du Canada doit tenir au moins une session chaque année, de façon qu'il ne s'écoule pas douze mois entre la dernière séance d'une session et la première séance de la session suivante du Parlement.

LE SENAT

21. Sous réserve des dispositions de la présente loi, le Sénat compte cent deux membres appelés sénateurs (10).

22. Pour les fins de la représentation au Sénat, le Canada comprend quatre divisions :

1. L'Ontario ;
2. Le Québec ;
3. Les provinces maritimes, la Nouvelle-Ecosse et le Nouveau-Brunswick ainsi que l'Ile du Prince Edouard ;
4. Les provinces de l'ouest, Manitoba, Colombie Britannique, Saskatchewan et Alberta ;

Sous réserve des dispositions de la présente loi, ces quatre divisions sont représentées comme suit au Sénat : l'Ontario, par vingt-quatre sénateurs ; Québec, par vingt-quatre sénateurs ; les provinces maritimes et l'Ile du prince Edouard par vingt-quatre sénateurs dont dix représente la Nouvelle-

(8) Le texte de cet article a été clarifié, soit-disant, par la modification de 1875 à l'A.A.N.B.

(9) Article périmé : la première session du premier parlement ayant débuté le 6 novembre 1867.

(10) Le texte original prévoyait un sénat de 72 membres. Les modifications à l'A.A.N.B. de 1915 et 1949 ont porté ce nombre à 96, puis à 102 : cf. art. 147.

Ecosse, dix, le Nouveau-Brunswick et quatre, l'Île du Prince-Edouard ; les provinces de l'ouest par vingt-quatre sénateurs dont six représentent le Manitoba, six, la Colombie Britannique, six, la Saskatchewan et six, l'Alberta ; la représentation au Sénat de la province de Terre-Neuve est de six membres.

Dans le cas du Québec un sénateur est désigné pour chacune des vingt-quatre circonscriptions électorales du Bas-Canada décrites à l'annexe A du chapitre premier des Statuts Refondus du Canada (11).

23. Les qualités requises d'un sénateur sont les suivantes :

1. Avoir trente ans révolus ;
2. Être sujet de la Reine, soit de naissance, soit par naturalisation en conformité d'une loi adoptée avant l'union, par le Parlement de la Grande-Bretagne ou du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande ou par Législature de l'une des provinces du Haut-Canada, du Bas-Canada, du Canada, de la Nouvelle-Ecosse ou du Nouveau-Brunswick, ou après l'union, par le Parlement du Canada ;
3. Posséder de par la loi ou l'équité à titre de franc-tenancier, pour son propre compte et profit, des biens-fonds tenus en franc et commun socage, ou bien être en possession, pour son propre compte et profit, de biens-fonds tenus en franc-alleu ou franc-alleu roturier ; ces biens-fonds doivent, dans les deux cas, être situés dans la province pour laquelle il est nommé et avoir une valeur de \$ 4,000 en sus de toutes rentes, dettes ou redevances exigibles ou payables sur ces biens-fonds et de toutes hypothèques ou charges les grevant ;
4. Posséder des biens meubles et immeubles d'une valeur globale de \$ 4,000 , en sus de ses dettes et obligations ;
5. Avoir son domicile dans la province pour laquelle il est nommé ;
6. Dans le cas du Québec, avoir son domicile ou posséder les biens-fonds requis dans la circonscription pour laquelle il est nommé.

24. Le Gouverneur général au nom de la Reine et par écrit portant le grand sceau du Canada, nomme sénateurs, lorsqu'il le juge à propos, des personnes possédant les qualités requises. Sous réserve des dispositions de la présente loi, toute personne ainsi nommée devient et est membre du Sénat et sénateur.

25. Deviennent d'abord membres du Sénat les personnes que la Reine juge à propos de désigner par décret portant la signature de Sa Majesté. Les noms de ces personnes sont mentionnés dans la proclamation de l'Union faite par la Reine (12).

(11) On fait allusion ici aux Statuts Refondus du Canada de 1861. Il est à remarquer que le texte de cet article a été changé par les modifications à l'A.A.N.B. de 1915 et 1949. Le texte original divisait le Canada en 3 divisions au lieu de 4 et le nombre des sénateurs était moindre.

(12) Article devenu caduc, abrogé par la loi de 1893 sur la révision statutaire.

26. Il est loisible à la Reine, en tout temps, sur la recommandation du Gouverneur général, d'ordonner que le nombre des membres du Sénat soit augmenté de quatre ou de huit : le Gouverneur général peut alors, selon le cas, nommer sénateurs quatre ou huit personnes additionnelles qui possèdent les qualités requises et qui sont choisies en nombre égal dans chacune des quatre divisions du Canada (13).

27. Lorsque le nombre des sénateurs a été ainsi augmenté, le Gouverneur général, aussi longtemps que la représentation de chacune des quatre divisions du Canada n'est pas revenue au nombre normal de vingt-quatre, ne nomme aucun sénateur si ce n'est sur instruction explicite de la Reine à cette fin à la suite d'une recommandation du Gouverneur général (14).

28. Le nombre des sénateurs ne doit jamais excéder cent dix (15).

29. 1) Sous réserve du paragraphe deux et des dispositions de la présente loi, un sénateur occupe son siège au Sénat sa vie durant.

2) Sous réserve des dispositions de la présente loi, un sénateur nommé au Sénat après l'entrée en vigueur du présent paragraphe occupe son siège jusqu'à ce qu'il atteigne l'âge de soixante-quinze ans (16).

30. Un sénateur peut, par un écrit portant sa signature et adressé au Gouverneur général, résigner ses fonctions. Dès qu'il l'a fait, son siège devient vacant.

31. Le siège d'un sénateur devient également vacant dans chacun des cas suivants :

1. Si ce sénateur manque d'assister aux séances du Sénat durant deux sessions consécutives ;

2. S'il prête un serment, fait une déclaration ou pose un acte comportant allégeance, obéissance ou fidélité à une puissance étrangère ou s'il pose un acte qui le rend sujet ou citoyen ou lui permet de réclamer les droits et avantages de sujet ou de citoyen d'une puissance étrangère ;

3. S'il est déclaré insolvable ou en faillite, s'il réclame les bénéfices d'une loi sur les débiteurs insolvable ou s'il se rend coupable de malversation ;

(13) La modification de 1915 de l'A.A.N.B. a apporté à cet article les variations de concordance nécessaires : le texte original prévoyait la nomination de 3 ou 6 sénateurs additionnels, choisis dans les 3 divisions.

(14) Autre modification de concordance datant de 1915, le texte original mentionnait 3 divisions.

(15) Autre modification de concordance de 1915, le texte original mentionnait 78 sénateurs.

(16) La modification de 1965 à l'A.A.N.B. a changé cet article dont le texte original ne contenait que le premier paragraphe moins les mots "sous réserve du paragraphe deux".

4. S'il est déclaré coupable de trahison, de félonie ou d'un crime grave ;
5. S'il cesse de posséder les qualités requises à l'égard de la propriété ou du domicile ; toutefois, un sénateur n'est pas réputé avoir cessé de posséder les qualités requises à l'égard du domicile par le seul fait qu'il a son domicile au siège du gouvernement du Canada durant l'exercice de fonctions qui l'obligent à y demeurer.
32. En cas de vacance au Sénat pour cause de démission, de décès, ou pour toute autre cause, le Gouverneur général y pourvoit en nommant une personne compétente et qui possède les qualités requises.
33. S'il s'élève quelque objection au sujet d'une vacance au Sénat ou des droits d'un sénateur d'y siéger le Sénat en délibère et en décide.
34. Chaque fois qu'il y a lieu, le Gouverneur général peut, par un écrit portant le grand sceau du Canada, nommer un des sénateurs président du Sénat. Il peut révoquer ce président et en nommer un autre à sa place (17).
35. Jusqu'à ce que le Parlement du Canada en ordonne autrement, la présence d'au moins quinze sénateurs, y compris le président, est nécessaire pour que le Sénat puisse exercer valablement ses pouvoirs.
36. Toute question, au Sénat, est décidée à la majorité des voix. Le président exerce une voix délibérante dans tous les cas. Au cas de partage des voix, la question est considérée décidée par la négative.

LA CHAMBRE DES COMMUNES

37. Sous réserve des dispositions de la présente loi, la Chambre des Communes se compose de deux cent soixante-cinq députés, dont quatre-vingt-cinq sont élus en Ontario, soixante-quinze, au Québec, douze en Nouvelle-Ecosse, dix au Nouveau-Brunswick, quatorze au Manitoba, vingt-deux en Colombie Britannique, quatre pour L'Ile du Prince Edouard, dix-sept pour l'Alberta, dix-sept pour la Saskatchewan, sept pour Terre-Neuve, un pour le territoire du Yukon et un pour les territoires du Nord-Ouest (18).
38. Chaque fois qu'il y a lieu, le Gouverneur général, au nom de la Reine et par proclamation sous le grand sceau du Canada, convoque et réunit la Chambre des Communes.
39. Un sénateur ne peut ni être élu député à la Chambre des Communes, ni y siéger ou voter.

(17) La modification de 1895 à l'A.A.N.B. a dissipé les doutes quant à la compétence du Parlement fédéral à cet égard.

(18) Cet article a été modifié par la Loi de la Délimitation des Circonscriptions Electorales, S.R.C. 1970, c. E-2, vol. III. Le texte original mentionnait 181 députés dont 65 pour le Québec.

40. Jusqu'à ce que le Parlement du Canada en ordonne autrement, l'Ontario, le Québec, la Nouvelle-Ecosse et le Nouveau-Brunswick sont, pour l'élection des députés à la Chambre des Communes, divisés en circonscriptions électorales ainsi qu'il suit :

1 - L'Ontario

L'Ontario est divisé en comtés ou sections de comté, en cités ou sections de cité et en villes, selon l'énumération contenue à la première annexe de la présente loi. Chaque division constitue une circonscription électorale, et chaque circonscription électorale mentionnée en cette annexe a le droit d'élire un député.

2 - Le Québec

Le Québec est divisé en soixante-cinq circonscriptions électorales, formées des soixante-cinq circonscriptions électorales du Bas-Canada qui, lors de l'adoption de la présente loi, ont été établies aux termes du chapitre II des Statuts Refondus du Canada, du Chapitre LXXV des Statuts Refondus du Bas-Canada, du chapitre I des lois de la Province du Canada votées dans la vingt-cinquième année du règne de la Reine, ou de toute autre loi les modifiant, en vigueur au moment de l'union. Chacune de ces circonscriptions électorales constitue, pour les fins de la présente loi, une circonscription électorale ayant le droit d'élire un député.

3 - La Nouvelle-Ecosse

Chacun des dix-huit comtés de la Nouvelle-Ecosse forme une circonscription électorale. Le comté d'Halifax a droit d'élire deux députés, et chacun des autres comtés, un député.

3 - Le Nouveau-Brunswick

Chacun des quatorze comtés du Nouveau-Brunswick (y compris celui qui est formé de la cité et du comté de Saint-Jean) forme une circonscription électorale. La cité de Saint-Jean constitue en outre une circonscription électorale distincte. Chacune de ces quinze circonscriptions électorales a le droit d'élire un député (19).

41. Jusqu'à ce que le Parlement du Canada en ordonne autrement, toutes les lois qui, au moment de l'union, sont en vigueur dans chacune des provinces sur toute matière relative à l'éligibilité ou l'inéligibilité des candidats, - à l'habilité ou à l'incapacité à siéger ou à voter à la chambre d'assemblée ou l'assemblée législative de la Province, - au droit de voter à l'élection des députés, - aux serments à exiger des votants, - aux présidents d'élection, à leurs fonctions et devoirs, - aux procédures électorales, - à la durée des élections, - à l'invalidation des élections et aux procédures

(19) Ces dispositions à l'égard des provinces originaires sont maintenant périmées pour les raisons mentionnées à la référence précédente.

auxquelles elle donne lieu, - à la démission des députés et à une nouvelle convocation des électeurs au cas de vacance occasionnée par d'autres causes qu'une dissolution, - sont applicables, dans cette province, à l'élection des députés à la Chambre des Communes.

Toutefois, jusqu'à ce que le Parlement du Canada en ordonne autrement, sont habiles à voter à l'élection d'un député à la Chambre des Communes pour la circonscription électorale d'Algoma, non seulement les personnes qui possèdent les qualités d'électeur en vertu de la loi de la Province du Canada, mais aussi tout sujet britannique de sexe masculin, âgé de vingt-et-un ans révolus qui y tient feu et lieu.

42. Pour la première élection des députés à la Chambre des Communes, le Gouverneur général fait expédier les brefs par la personne, dans la forme et à l'adresse des présidents d'élection qu'il détermine.

La personne qui émet les brefs en vertu du présent article possède les pouvoirs qui, au moment de l'union, appartiennent au fonctionnaire chargé d'émettre les brefs en vue de l'élection des députés à la chambre d'assemblée ou à l'assemblée législative de chacune des Provinces du Canada, de la Nouvelle-Ecosse et du Nouveau-Brunswick. De même, le président d'élection à qui un bref est adressé possède en vertu du présent article les pouvoirs qui, au moment de l'union, appartiennent au président d'élection chargé de faire rapport sur l'élection d'un député à ladite chambre d'assemblée ou à ladite assemblée législative.

43. Si le siège d'un député à la Chambre des Communes devient vacant avant la réunion du Parlement, ou même après la réunion du Parlement mais avant que celui-ci ait statué à cet égard, l'article précédent de la présente loi s'applique également à l'émission et au rapport du bref ordonnant de combler la vacance susdite (20).

44. A sa première réunion après les élections générales, la Chambre des Communes procède avec toute la diligence possible à élire un autre de ses membres président.

45. En cas de vacance à la présidence pour cause de décès, de démission ou pour toute autre cause, la Chambre des Communes procède avec toute la diligence possible à élire un autre de ses membres président.

46. Le président préside toutes les séances de la Chambre des Communes.

47. Jusqu'à ce que le Parlement du Canada en ordonne autrement, la Chambre des Communes peut, si le président, pour une raison ou pour une autre, s'absente de la chambre durant quarante-huit heures consécutives,

(20) Les articles 41, 42 et 43 sont aujourd'hui périmés : la Loi Electorale du Canada prévoit désormais à ces fins. S.R.C. 1970, c. 14, vol. 1er supp.

élire un autre de ses membres pour qu'il agisse à titre de président. Ce président temporaire possède et exerce, durant l'absence du président, tous les pouvoirs, droits et attributions de celui-ci (21).

48. La présence d'au moins vingt députés, y compris le président, est nécessaire pour que la Chambre des Communes puisse exercer ses pouvoirs de façon valide.

49. Les questions à la Chambre des Communes sont décidées à la majorité des voix. Le président ne vote pas à moins qu'il n'y ait partage égal des voix ; dans ce cas, il doit voter.

50. La durée de chaque Chambre des Communes est limitée à cinq années, à compter du jour fixé pour le rapport des brefs ordonnant l'élection de cette chambre : le Gouverneur général peut toutefois dissoudre cette chambre avant l'expiration de son terme (22).

51. 1) Sous réserve des dispositions du présent article le nombre des membres de la Chambre des Communes est de deux cent soixante-trois et la représentation des provinces à cette chambre doit, dès la mise en vigueur des présentes dispositions et par la suite sitôt chaque recensement décennal complété être ajustée par les autorités de la manière et à compter de l'époque que le Parlement du Canada détermine au besoin, suivant les modalités suivantes et en conformité avec celles-ci :

1. Le nombre de députés que compte chacune des provinces est déterminé de la façon suivante : le chiffre de la population totale de toutes les provinces est divisé par le nombre de deux cent soixante-et-un : le chiffre de la population de chaque province est à son tour divisé par le quotient ainsi obtenu, sans qu'il soit tenu compte - sauf ce que prévoit ci-après le présent article - du reste s'il en existe.

2. Si l'application de la règle un susdite attribue à toutes les provinces un nombre de députés inférieur à deux cent soixante-et-un, d'autres députés seront attribués (un par province) aux provinces qui, à la suite du calcul prévu par la règle un, démontrent un reste : on attribue ainsi un député selon cette deuxième règle, d'abord à la province dont le reste est le plus élevé, continuant ainsi avec les autres provinces, par ordre d'importance du reste, jusqu'à ce que le nombre total de députés attribués atteigne le chiffre de deux cent soixante-et-un.

3. Nonobstant toute disposition du présent article, si le calcul prévu par les règles un et deux attribue à une province un nombre de députés inférieur au nombre de sénateurs qui la représente, les règles un et deux ne s'appli-

(21) Cet article n'a plus sa raison d'être : la Loi de la Chambre des Communes, S.R.C. 1970, c. H-9, vol. IV prévoit à ces fins.

(22) La modification de 1916 à l'A.A.N.B. avait prolongé le terme du Parlement canadien en raison de la période de guerre.

queront pas à cette province : il lui sera alors attribué un nombre de députés égal au nombre de sénateurs qu'elle compte.

4. Au cas où les règles un et deux ne reçoivent pas leur application à l'égard d'une province, pour effectuer le calcul du nombre de députés à attribuer aux autres provinces sujettes à l'application des règles un et deux, le chiffre de la population totale de la province non sujette à l'application des règles un et deux doit être déduit du chiffre de la population totale des provinces : le nombre de députés ainsi attribué à cette province en vertu de la règle trois, doit également être déduit du nombre deux-cent soixante-et-un.

5. Au cours d'un ajustement de cette nature le nombre de députés de toute province ne doit pas être diminué d'un pourcentage excédant quinze pour cent du nombre de députés auquel cette province avait droit aux termes des règles un à quatre du présent paragraphe, lors de l'ajustement antérieur fait dans cette province : la représentation d'une province ne doit pas non plus être réduite de façon à ce qu'elle se voit attribuer un nombre de députés inférieur à toute autre province dont la population n'excédait pas la sienne, d'après les chiffres du dernier recensement décennal alors connus. Aux fins toutefois de tout ajustement subséquent en vertu du présent article, toute augmentation du nombre de députés à la Chambre des Communes ne doit pas être incluse dans le nombre diviseur dont il est question aux règles un à quatre du présent paragraphe.

6. L'ajustement prévu aux présentes ne devient en vigueur qu'une fois expirée la durée du présent Parlement.

2) Le territoire du Yukon tel qu'établi par le chapitre quarante-et-un des Statuts du Canada de 1901 a droit à un député ; toute autre partie du Canada, non comprise dans une province que le Parlement du Canada peut établir à l'occasion, a également droit à un député (23).

51 A. Nonobstant toute disposition de la présente loi, une province a toujours droit à un nombre de députés à la Chambre des Communes qui ne soit pas inférieur au nombre de sénateurs qui la représente (24).

52. Le Parlement du Canada peut, chaque fois qu'il y a lieu, augmenter le nombre des députés à la Chambre des Communes, mais à la condition de ne pas changer la proportion établie par la présente loi pour la répartition des sièges entre les provinces.

(23) La modification de l'A.A.N.B. de 1943 avait autorisé le Parlement à reporter à plus tard, en raison de la période de guerre, l'ajustement de la représentation consécutive au recensement décennal de 1941. Le texte original prévoyait en effet cet ajustement à tous les dix ans depuis 1871. Le texte actuel de l'article 51 a été édicté par la modification de 1952 de l'A.A.N.B. : S.R.C. 1952, c. 304.

(24) Cet article fut ajouté par la modification de 1915 à l'A.A.N.B.

Les matières d'ordre financier, la sanction royale
 =====

53. Les projets de loi ayant pour objet d'affecter une partie du revenu public à quelque service ou d'établir soit une taxe soit un impôt sont présentés d'abord à la Chambre des Communes.

54. Il n'est pas permis à la Chambre des Communes d'adopter une motion, une résolution, une adresse ou un projet de loi proposant d'affecter quelque partie du revenu public, d'une taxe ou d'un impôt à un objet que le Gouverneur général n'a pas au préalable recommandé par un message au cours de la session pendant laquelle cette loi est proposée.

55. Quant un projet de loi voté par les deux chambres du Parlement est présenté au Gouverneur général pour qu'il le sanctionne au nom de la Reine, le Gouverneur général, usant de sa discrétion dans les limites de la présente loi et des instructions de Sa Majesté, déclare ou qu'il le sanctionne au nom de la Reine, ou qu'il lui refuse la sanction de la Reine, ou qu'il en réserve la sanction à la Reine.

56. Quant le Gouverneur général a sanctionné un projet de loi au nom de la Reine, il transmet à la première occasion favorable une copie conforme de la loi à l'un des principaux secrétaires d'Etat de Sa Majesté. Si dans les deux années à compter du jour où le secrétaire d'Etat a reçu la copie de la loi, la Reine en Conseil juge à propos de désavouer celle-ci, ce désaveu (accompagné d'un certificat du secrétaire d'Etat attestant la date où la loi lui est parvenue) annule la loi à compter du jour où le Gouverneur général fait connaître la décision, soit par une adresse ou un message aux deux chambres du Parlement, soit par une proclamation.

57. Le projet de loi dont la sanction a été réservée à la Reine ne deviendra loi que si le Gouverneur général dans les deux années à compter du jour où il lui a été présenté pour recevoir la sanction royale, annonce soit dans un discours ou un message aux deux chambres du Parlement, soit dans une proclamation, que le projet de loi a reçu la sanction de la Reine en conseil.

Tous discours, message ou proclamation de ce genre est consigné aux journaux de chaque chambre, et un double, certifié conforme, en est délégué au fonctionnaire compétent pour qu'il le conserve dans les archives du Canada.

V - LA CONSTITUTION DES PROVINCES

Le pouvoir exécutif =====

58. Il y a, pour chaque province, un fonctionnaire appelé Lieutenant-gouverneur, que le Gouverneur général nomme par écrit sous le grand sceau du Canada.

59. Tout Lieutenant-gouverneur reste en fonction durant le bon plaisir du Gouverneur général. Un Lieutenant-gouverneur nommé après l'ouverture de la première session du Parlement du Canada n'est pas révocable durant les cinq années qui suivent sa nomination, sauf pour cause. Cette cause lui est communiquée par écrit dans le mois qui suit la date du décret de révocation ; elle est ensuite, par message, communiquée au Sénat et à la Chambre des Communes dans la semaine suivante si le Parlement est alors en session, ou dans la première semaine de la plus prochaine session si le Parlement n'est pas alors en session.

60. Le Parlement du Canada fixe le traitement des Lieutenants-gouverneurs et prend des dispositions pour en assurer le paiement (25).

61. Tout Lieutenant-gouverneur, avant d'entrer en fonction, prête et souscrit devant le Gouverneur général ou un délégué de celui-ci, un serment d'allégeance et d'office semblable à celui que prête le Gouverneur général.

62. Les dispositions de la présente loi qui se rapportent au Lieutenant-gouverneur sont applicables au Lieutenant-gouverneur de chaque province alors en fonction, ou à tout autre chef de l'exécutif ou administrateur qui, sous quelque titre qu'on le désigne, gouverne alors la province.

63. Dans l'Ontario et le Québec, le conseil exécutif se compose des personnes que le Lieutenant-gouverneur juge nécessaire de nommer de temps à autre, et tout d'abord des fonctionnaires suivants : un procureur général, un secrétaire et registraire de la province, un trésorier de la province, un commissaire des terres de la Couronne, un commissaire de l'agriculture et des travaux publics, avec en plus, dans le Québec, le président du conseil législatif et un solliciteur général (26).

64. Dans chacune des provinces de la Nouvelle-Ecosse et du Nouveau-Brunswick, la constitution du pouvoir exécutif, sous réserve des dispositions de la présente loi, demeure ce qu'elle est au moment de l'union jusqu'à ce qu'elle soit modifiée conformément à la présente loi (27).

65. Dans la mesure où ils subsistent et demeurent susceptibles d'être exercés à l'égard du gouvernement de l'Ontario et du Québec après l'union, les pouvoirs, l'autorité et les fonctions conférés par une loi du Parlement de la Grande-Bretagne, du Parlement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande ou de la Législature du Haut-Canada, du Bas-Canada ou du Canada, au Gouverneur ou Lieutenant-gouverneur de ces provinces et que ce dernier exerce ou peut exercer au moment de l'union, soit sur l'avis du conseil exécutif de sa province, soit de l'avis et du consentement de ce conseil, soit de

(25) La loi sur les Traitements y pourvoit, S.R.C. 1970, c. S-2, Vol. VI.

(26) Au Québec, comme dans les autres provinces, la Loi de l'Exécutif y prévoit : S.R.Q. 1964, c. 9.

(27) Les lois et ententes établissant les autres provinces canadiennes contiennent des dispositions semblables à l'égard de celles-ci.

concert avec ce conseil ou d'aucun de ses membres, soit seul, sont conférés au Lieutenant-gouverneur respectif de l'Ontario et du Québec qui peut les exercer selon le cas, soit sur l'avis du conseil exécutif de sa province, soit de l'avis et du consentement de ce conseil, soit de concert avec ce conseil ou d'aucun de ses membres, soit seul. La Législature de l'Ontario ou celle du Québec, peut toutefois supprimer ou modifier ces pouvoirs, autorités et fonctions à moins que ceux-ci n'aient été édictés par une loi du Parlement de la Grande-Bretagne ou du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande (28).

66. Les dispositions de la présente loi qui se réfèrent au Lieutenant-gouverneur en conseil sont interprétées comme si elles référaient au Lieutenant-gouverneur de la province agissant sur et suivant l'avis du conseil exécutif de celle-ci.

67. Le Gouverneur général peut, au besoin, nommer un administrateur et lui confier les fonctions du Lieutenant-gouverneur durant l'absence, la maladie ou toute autre incapacité de celui-ci.

68. Jusqu'à ce que l'Exécutif provincial en ordonne autrement à l'égard de sa province, le siège du gouvernement provincial est la cité de Toronto pour l'Ontario, la cité de Québec pour le Québec, la cité d'Halifax pour la Nouvelle-Ecosse et la cité de Frédéricton pour le Nouveau-Brunswick.

Le pouvoir législatif

1 - L'Ontario

69. Il y a pour l'Ontario une législature composée du Lieutenant-gouverneur et d'une chambre appelée assemblée législative de l'Ontario.

70. L'assemblée législative de l'Ontario est composée de quatre-vingt deux députés, élus pour représenter les quatre-vingt-deux circonscriptions électorales énumérées dans la première annexe de la présente loi (29).

2 - Le Québec

71. Il y a pour le Québec une législature composée du Lieutenant-gouverneur et de deux chambres, appelées conseil législatif du Québec et assemblée législative du Québec (30).

(28) Cet article doit s'interpréter à la lumière de l'article 129.

(29) Cet article est périmé. La Loi sur la Députation (The Ontario Representation Act) de l'Ontario y pourvoit, R.S.O. 1970, c. 413.

(30) Cet article a été modifié par la Loi de 1968 (S.Q. c. 9) qui a aboli le conseil législatif de la province. Cet article devrait maintenant se lire : "il y a pour le Québec, une législature composée du Lieutenant-gouverneur et d'une chambre appelée assemblée nationale du Québec", (Le chapitre 9 ayant changé en même temps les mots "assemblée législative" pour "assemblée nationale").

72. A moins que la Législature du Québec n'en ordonne autrement en conformité avec la présente loi, le conseil législatif du Québec est composé de vingt-quatre membres, que le Lieutenant-gouverneur nomme à vie au nom de la Reine, par écrit sous le grand sceau du Québec, et qui représentent chacune des vingt-quatre circonscriptions du Bas-Canada auxquelles réfère la présente loi.

73. Les qualités qu'un membre du conseil législatif doit posséder sont les mêmes que celles qui sont exigées d'un sénateur du Québec.

74. Le siège d'un membre du conseil législatif de Québec devient vacant dans les cas où, mutatis mutandis, le siège d'un sénateur devient vacant.

75. Au cas de vacance au conseil législatif du Québec pour cause de démission, de décès, ou pour toute autre cause, le Lieutenant-gouverneur y pourvoit en nommant, au nom de la Reine et par écrit sous le grand sceau du Québec, une personne compétente qui possède les qualités requises.

76. S'il s'élève quelque discussion au sujet d'une vacance au conseil législatif du Québec ou des titres d'un membre du conseil législatif du Québec à y siéger, le conseil législatif en délibère et en décide.

77. Chaque fois qu'il y a lieu de le faire, le Lieutenant-gouverneur peut, par écrit sous le grand sceau du Québec, nommer un des membres du conseil législatif du Québec président de ce conseil et il peut le révoquer et en nommer un autre à sa place.

78. Jusqu'à ce que la Législature du Québec en ordonne autrement, la présence d'au moins dix membres du conseil législatif, y compris le président, est nécessaire pour que ce conseil puisse exercer valablement ses pouvoirs.

79. Toute question au conseil législatif du Québec est décidée à la majorité des voix, le président a voix délibérante dans tous les cas. Au cas d'égalité des voix, la question est considérée comme décidée par la négative (31).

80. L'assemblée législative du Québec est composée de soixante-cinq députés, élus pour représenter les soixante-cinq circonscriptions électorales du Bas-Canada mentionnées dans la présente loi, sous réserve des modifications que la Législature du Québec peut y apporter. Toutefois, il n'est pas permis de présenter au Lieutenant-gouverneur du Québec pour qu'il le sanctionne un projet de loi ayant pour objet de modifier les bornes d'une circonscription électorale mentionnées dans la deuxième annexe de la présente loi, à moins que la deuxième et la troisième lecture de ce projet de loi n'aient été adoptées à l'assemblée législative avec le concours de la majorité

(31) Les articles 72 à 79 sont aujourd'hui périmés vu l'abolition du Conseil législatif par la loi de 1968 : S.Q. c. 9.

absolue des députés qui représentent ces circonscriptions électorales ; et la sanction ne peut être donnée à ce projet de loi, à moins que l'assemblée législative n'ait présenté au Lieutenant-gouverneur une adresse déclarant qu'il a été adopté (32).

3 - L'Ontario et le Québec

81. Chacune des Législatures de l'Ontario et du Québec doit être convoquée dans les six mois qui suivent l'union (33).

82. Chacun des Lieutenants-gouverneurs de l'Ontario et du Québec convoque et réunit aussi souvent qu'il y a lieu de le faire, l'assemblée législative de sa province au nom de la Reine et par proclamation sous le grand sceau de sa Province.

83. Jusqu'à ce que la Législature de l'Ontario ou celle du Québec en ordonne autrement, une personne n'est pas éligible à l'assemblée législative de cette province et ne peut y siéger ni y voter comme député, si elle a accepté ou si elle occupe dans l'Ontario ou dans le Québec une fonction, une charge ou un emploi d'une nature permanente ou temporaire qui est l'objet de la nomination du Lieutenant-gouverneur et auquel sont attachés un traitement annuel ou des honoraires, rétributions, émoluments ou bénéfices d'un genre ou d'un montant quelconque versés par la province. Toutefois, le présent article ne rend pas inéligible une personne qui est membre du conseil exécutif de la province ou qui remplit les fonctions de procureur général, de secrétaire et registraire de la province, de trésorier de la province, de commissaire des terres de la couronne ou de commissaire de l'agriculture et des travaux publics, et dans le Québec, les fonctions de solliciteur général ; et il ne la rend pas inhabile à siéger ou à voter dans la chambre pour laquelle elle a été élue, pourvu qu'elle y ait été élue pendant qu'elle remplissait ces fonctions (34).

84. Jusqu'à ce que les Législatures respectives de l'Ontario et du Québec en ordonnent autrement, les lois qui, au moment de l'union, y sont en vigueur sur toute matière relative à l'éligibilité ou à l'inéligibilité des candidats, - à l'habileté ou à l'inhabileté à siéger ou à voter dans l'assemblée du Canada, - à la capacité ou l'incapacité des électeurs, - aux serments à faire prêter aux votants, - aux présidents d'élection, à leurs fonctions et devoirs, - aux procédures électorales, - à la durée des élections, - à l'invalidation des élections et aux procédures auxquelles elle donne lieu, - à la dé-

(32) Cet article a été abrogé en partie par la loi de 1970, S.Q. c. 7. L'abrogation de cet article mettait fin à l'existence des 10 comtés apparaissant à la deuxième annexe de la présente loi qui étaient devenus les 17 comtés dits "protégés" du Québec.

(33) Cet article devenu périmé a été abrogé par la loi de 1893 sur la révision statutaire.

(34) Cet article serait périmé : la Loi de la Législature y pourvoit, S.R.Q. 1964, ch. 6.

mission des députés et à une nouvelle convocation des électeurs au cas de vacance occasionnée par d'autres causes qu'une dissolution, - sont applicables à l'élection des députés à l'assemblée législative desdites provinces.

Toutefois, jusqu'à ce que la Législature de l'Ontario en ordonne autrement, sont habiles à voter à l'élection d'un député à l'assemblée législative de l'Ontario pour la circonscription d'Algoma, non seulement les personnes qui possèdent les qualités d'électeur en vertu de la loi de la province du Canada, mais aussi tout sujet britannique du sexe masculin, âgé de vingt-et-un ans révolus et qui y tient feu et lieu (35).

85. La durée de chaque assemblée législative de l'Ontario et de chaque assemblée législative du Québec est limitée à quatre années, à compter du jour fixé pour le rapport des brefs ordonnant l'élection de cette assemblée. Dans l'une et l'autre province, le Lieutenant-gouverneur peut, toutefois, dissoudre l'assemblée législative avant le terme de sa durée.

86. La Législature de l'Ontario et la Législature du Québec doivent tenir au moins une session chaque année, de manière qu'il ne s'écoule pas douze mois entre la dernière séance d'une session et la première séance de la session suivante.

87. Les dispositions de la présente loi qui se rapportent à la Chambre des communes quant à l'élection d'un président et d'un président temporaire, aux devoirs du président, à l'absence du président, au quorum, au mode de votation, s'appliquent aux Législatures de l'Ontario et du Québec comme si elles étaient ici décrétées de nouveau et expressément déclarées applicables à chacune de ces assemblées.

4 - L a Nouvelle-Ecosse et le Nouveau-Brunswick

88. Sous réserve des dispositions de la présente loi, la constitution de la Législature de chacune des provinces de la Nouvelle-Ecosse et du Nouveau-Brunswick reste ce qu'elle est au moment de l'union jusqu'à ce qu'elle soit modifiée en conformité avec les dispositions de la présente loi. A moins qu'elle ne doit dissoute plus tôt, la chambre d'assemblée du Nouveau-Brunswick en existence au moment de l'adoption de la présente loi le reste jusqu'au terme de la période pour laquelle elle a été élue (36).

5 - L'Ontario, le Québec et la Nouvelle-Ecosse

89. Chacun des Lieutenants-gouverneurs de l'Ontario, du Québec et de la Nouvelle-Ecosse émet des brefs pour l'élection de députés à l'assemblée législative de ces provinces dans la forme et par la personne qu'il juge

(35) Probablement périmé, les lois électorales de ces deux provinces y pourvoient : pour le Québec, S.R.Q. 1964, c. 7.

(36) Le second alinéa a été abrogé par la Loi de 1893 sur la révision statutaire.

bon d'ordonner, à la date et à l'adresse des présidents d'élection que détermine le Gouverneur général afin que la première élection d'un député à l'assemblée législative pour une circonscription électorale ou une partie de celle-ci puisse avoir lieu en même temps que l'élection d'un député à la chambre des communes du Canada pour cette circonscription électorale (37).

6 - Les Quatre Provinces

90. Les dispositions de la présente loi relatives au Parlement du Canada quant aux projets de loi touchant l'affectation de deniers publics à quelque service administratif ou le prélèvement d'impôts, à la recommandation de propositions d'ordre financier, à la sanction de projets de loi, au désaveu des lois et à la signification de l'exercice de la discrétion royale à l'égard des projets de loi dont la sanction lui a été réservée, s'appliquent aux Législatures des diverses provinces tout comme si ces dispositions étaient réitérées au présent article de façon explicite et déclarées applicables aux diverses provinces et à leur législature : la mise en application de ces dispositions s'effectue en substituant les expressions "Lieutenant-gouverneur de la Province" à "Gouverneur général", "Gouverneur général" à "Reine" et à "secrétaire d'état", "une année" à "deux années" et "province" à "Canada".

VI - LA DISTRIBUTION DES POUVOIRS LEGISLATIFS

Les pouvoirs du parlement

91. Il est loisible à la Reine, sur l'avis et avec l'assentiment du Sénat et de la Chambre des Communes, de légiférer en vue de la paix, de l'ordre et de la bonne administration du Canada, sur toute matière ne rentrant pas dans les catégories de sujets que la présente loi attribue de façon exclusive aux législatures des provinces. Pour mieux préciser, sans la restreindre, la portée générale des termes précités du présent article, il est déclaré que, nonobstant toute disposition de la présente loi, le Parlement du Canada possède le pouvoir exclusif de légiférer sur toute matière rentrant dans les catégories de sujets ci-après énumérées :

1. La modification, lorsque jugée nécessaire, de la constitution du Canada, sauf à l'égard des matières rentrant dans les catégories de sujets que la présente loi attribue de façon exclusive aux Législatures des provinces ou à l'égard des droits ou privilèges accordés ou assurés par la présente loi ou par toute autre loi d'ordre constitutionnel à la Législature ou au gouvernement d'une province, ou à quelque catégorie de personnes en matière d'écoles, ou encore à l'égard de l'usage de la langue anglaise ou française ou des dispositions indiquant que le Parlement du Canada doit tenir au moins une session chaque année ; de la durée de chaque parlement limitée à cinq années, à compter du jour du rapport des brefs ordonnant l'élection des membres de ce parlement ; le Parlement du Canada peut toutefois prolonger la durée d'un

(36) Le second alinéa a été abrogé par la Loi de 1893 sur la révision statutaire.

parlement en temps de guerre, d'invasion ou d'insurrection, réelles ou appréhendées, si cette prolongation ne fait pas l'objet d'une objection exprimée par le vote excédant le tiers des membres de la Chambre des Communes (38) ;

- 1A. La dette publique et la propriété publique (39) ;
2. La réglementation des échanges et du commerce ;
- 2A. L'assurance-chômage (40) ;
3. Le prélèvement de deniers par tout mode ou système de taxation ;
4. L'emprunt de deniers sur le crédit public ;
5. Le service postal ;
6. Les recensements et la statistique ;
7. La milice, le service militaire et naval, la défense du pays ;
8. La fixation des traitements et allocations des fonctionnaires civils ou autres du gouvernement du Canada ainsi que les dispositions à prendre pour en assurer le paiement ;
9. les balises, bouées, phares et l'Ile au Sable ;
10. La navigation et les expéditions par voie d'eau ;
11. La quarantaine ainsi que l'établissement et l'entretien d'hôpitaux de marine ;
12. Les pêcheries côtières et intérieures ;
13. Les traversiers entre une province et un pays britannique ou étranger, ou entre deux provinces ;
14. Le cours monétaire et le monnayage ;
15. Les opérations bancaires, la constitution des banques en corporation et l'émission du papier-monnaie ;
16. Les caisses d'épargne ;
17. Les poids et mesures ;
18. Les lettres de change et les billets promissoires ;
19. L'intérêt ;
20. L'offre légale ;
21. La faillite et l'insolvabilité ;
22. Les brevets d'invention et de découverte ;

(38) Cet article qui accorde au Parlement fédéral la compétence de modifier la Constitution canadienne à certains égards a été inséré à l'A.A.N.B. par la seconde modification de 1949.

(39) C'est encore la seconde modification à l'A.A.N.B. de 1949 qui a renuméroté cet article qui était antérieurement l'alinéa 1 de l'article 91.

(40) La modification de l'A.A.N.B. de 1940 a ajouté cet article.

23. Les droits d'auteur ;
24. Les Indiens et les terres réservées aux Indiens ;
25. La naturalisation et les aubains ;
26. Le mariage et le divorce ;
27. Le droit criminel sauf la constitution des tribunaux de juridiction criminelle, mais y compris la procédure en matière criminelle ;
28. L'établissement, l'entretien et l'administration des pénitenciers ;
29. Les catégories de sujets exclues de façon expresse de l'énumération des catégories de sujets que la présente loi attribue de façon exclusive aux législatures des provinces.

Une matière rentrant dans les catégories de sujets énumérées dans le présent article n'est pas réputée comprise dans la catégorie des matières d'une nature locale ou privée prévue à l'énumération des catégories de sujets que la présente loi attribue de façon exclusive aux législatures des provinces.

Les pouvoirs exclusifs des législatures provinciales

92. Dans chaque province, la Législature a le droit exclusif de légiférer sur les matières qui rentrent dans les catégories de sujets ci-après énumérées :

1. La modification, chaque fois qu'il y a lieu et nonobstant toute disposition de la présente loi, de la constitution de la province, sauf en ce qui concerne la fonction de Lieutenant-gouverneur ;
2. La taxation directe dans la province en vue de prélever des revenus pour des fins provinciales ;
3. L'emprunt de deniers sur le seul crédit de la province ;
4. La création et l'exercice de fonctions provinciales ainsi que la nomination et le paiement des fonctionnaires provinciaux ;
5. L'administration et la vente des terres publiques appartenant à la province, ainsi que du bois et des forêts qui s'y trouvent ;
6. L'établissement, l'entretien et l'administration des prisons publiques et des maisons de correction dans les limites et pour la population de la province ;
7. L'établissement, l'entretien et l'administration des hôpitaux, des asiles, des hospices et des refuges dans les limites et pour la population de la province, sauf les hôpitaux de marine ;
8. Les institutions municipales dans la province ;
9. Les licences de boutiques, débits de boissons, tavernes, encanteur et autres licences en vue de prélever des revenus pour des fins provinciales, locales ou municipales ;

10. Les ouvrages et entreprises d'une nature locale, autres que ceux énumérés dans les catégories suivantes :

a) Les lignes de bateaux à vapeur ou autres navires, les chemins de fer, les canaux, les lignes de télégraphe et autres ouvrages reliant la province à une autre ou à d'autres, ou s'étendant au-delà des frontières de la province ;

b) Les lignes de bateaux à vapeurs entre la province et tout pays britannique ou étranger ;

c) Les ouvrages qui, bien qu'entièrement situés dans la province, sont, avant ou après leur exécution, déclarés par le Parlement du Canada être à l'avantage du Canada entier ou de deux ou plusieurs provinces ;

11. La constitution des compagnies en corporation pour des fins provinciales ;

12. La célébration du mariage dans la province ;

13. La propriété et les droits civils dans la province ;

14. L'administration de la justice dans la province, y compris la constitution, le coût et l'organisation des tribunaux provinciaux, de juridiction tant civile que criminelle, ainsi que la procédure en matière civile devant ces tribunaux ;

15. L'imposition de punitions par voie d'amendes, de peines ou d'emprisonnement en vue de faire respecter toute loi provinciale établie relativement à une matière rentrant dans une des catégories de sujets énumérées dans le présent article ;

16. De façon générale, toutes les matières qui, dans la province, sont d'une nature purement locale ou privée.

L'éducation =====

93. La Législature a le droit exclusif de légiférer sur l'éducation dans la province, sous réserve et en conformité des dispositions suivantes :

1. Ses lois ne doivent en aucune façon porter préjudice aux droits ou avantages que la loi confère à une classe particulière de personnes à l'égard des écoles confessionnelles au moment de l'union ;

2. Tous les pouvoirs, droits et devoirs que la loi confère ou impose dans le Haut-Canada aux écoles séparées et aux administrateurs des écoles des sujets catholiques romains de la Reine, au moment de l'union, sont par la présente loi applicables aux écoles dissidentes des sujets protestants et des sujets catholiques romains de Sa Majesté dans la province de Québec ;

3. Lorsque, dans une province, un système d'écoles séparées ou dissidentes existe en vertu de la loi au moment de l'union ou est subséquemment établi par la Législature, il y a appel au Gouverneur général en conseil de toute loi ou décision d'une autorité provinciale qui porte atteinte à quelque droit ou avantage de la minorité protestante ou catholique romaine de la Reine relatifs à l'enseignement ;

4. Si une Législature néglige d'adopter une loi que le Gouverneur général en conseil peut au besoin juger nécessaire en application des dispositions du présent article, ou si l'autorité provinciale compétente néglige d'exécuter une décision que le Gouverneur général en conseil a rendu à la suite d'un appel logé en vertu du présent article, le Parlement du Canada peut, au gré des circonstances, adopter des lois correctives propres à assurer l'exécution des dispositions du présent article ainsi que de toute décision rendue par le Gouverneur général en conseil sous l'autorité du présent article (41).

L'uniformité des lois de l'Ontario, de la Nouvelle-Ecosse
 =====
et du Nouveau-Brunswick
 =====

94. Nonobstant les dispositions de la présente loi, le Parlement du Canada peut décréter l'uniformité de toutes ou de quelques-unes des lois relatives à la propriété et aux droits civils ainsi qu'à la procédure à suivre devant tous ou quelques-uns des tribunaux des provinces d'Ontario, de la Nouvelle-Ecosse et du Nouveau-Brunswick. A compter de l'adoption d'une loi à cette fin, le pouvoir du Parlement du Canada de légiférer sur les matières visées par une loi de cette nature est absolu, nonobstant toute disposition de la présente loi ; mais toute loi du Parlement du Canada décrétant cette uniformité n'a d'effet dans une province qu'après avoir été adoptée et décrétée par la Législature de celle-ci.

94A. Le Parlement du Canada peut légiférer sur les pensions de vieillesse et les avantages additionnels de même nature, y compris les prestations aux survivants et aux invalides quel que soit leur âge ; mais aucune loi adoptée à ces fins ne doit porter atteinte à l'application de quelque loi actuelle ou ultérieure d'une Législature provinciale sur ces matières (42).

L'agriculture et l'immigration
 =====

95. La Législature de chaque province peut légiférer sur l'agriculture et l'immigration dans cette province. Le Parlement du Canada peut, chaque fois qu'il y a lieu, légiférer sur l'agriculture et l'immigration dans toutes ou dans l'une quelconque des provinces. Une loi de la Législature d'une province sur l'agriculture et l'immigration n'est valide qu'en tant et aussi longtemps qu'elle n'est pas incompatible avec une loi du Parlement du Canada.

(41) Cet article 93 a été modifié pour les provinces du Manitoba, de l'Alberta et de la Saskatchewan et Terre-Neuve. Les lois fédérales créant ces provinces contiennent ces modifications.

(42) Ce nouvel article a été ajouté à la suite des modifications à l'A.A.N.B. de 1951 et 1964.

VII - LE SYSTEME JUDICIAIRE

96. Le Gouverneur général désigne les juges des Cours supérieures, de district et de comté établies dans chaque province, sauf ceux des Cours de vérification établies dans la Nouvelle-Ecosse et le Nouveau-Brunswick.

97. Tant que l'uniformité des lois relatives à la propriété et aux droits civils dans l'Ontario, la Nouvelle-Ecosse, le Nouveau-Brunswick, et à la procédure dans les cours de ces provinces n'aura pas été réalisée, les juges des cours de chacune de ces provinces désignés par le Gouverneur général sont choisis parmi les membres du Barreau respectif de ces provinces.

98. Les juges des Cours du Québec sont choisis parmi les membres du Barreau de cette Province.

99. 1) Sous réserve du paragraphe deux du présent article, les juges des Cours supérieures demeurent en fonction durant bonne conduite, mais peuvent être révoqués par le Gouverneur général à la suite d'une adresse du Sénat et de la Chambre des Communes.

2) Un juge d'une Cour supérieure, nommé avant ou après l'entrée en vigueur du présent article, cesse d'occuper sa fonction dès qu'il atteint l'âge de soixante-quinze ans ou dès l'entrée en vigueur du présent article si, à ce moment, il a déjà atteint cet âge (43).

100. Le Parlement du Canada fixe et assure le traitement, les allocations et la pension des juges des Cours supérieures, de district et de comté (autres que les cours de vérification établies dans la Nouvelle-Ecosse et le Nouveau-Brunswick), ainsi que des Cours de l'amirauté au cas où les juges de celles-ci reçoivent un traitement (44).

101. Nonobstant les dispositions de la présente loi, le Parlement du Canada peut prendre au besoin les dispositions pour instituer, organiser et assurer l'existence d'une Cour générale d'appel pour le Canada ainsi que pour établir tous tribunaux additionnels en vue d'assurer une meilleure exécution des lois du Canada (45).

(43) La modification de l'A.A.N.B. de 1960 a changé les termes de cet article : le texte original se limitait au premier alinéa actuel moins les mots "sous réserve du paragraphe deux du présent article". La modification de 1970 à la Loi des Juges (S.C., c. 55) a changé la procédure de révocation prévue au premier alinéa de cet article : ce dernier serait donc en partie périmé.

(44) La Loi sur les Juges y pourvoit : S.R.C. 1970, c. J-1, vol. V.

(45) La loi de la Cour Suprême, S.R.C. 1970, c. S-19, vol. VII et la Loi de la Cour Fédérale, S.C. 1970, c. 1 régissent les tribunaux fédéraux établis en vertu de cet article.

VIII- LES REVENUS, LES DETTES, L'ACTIF, LES TAXES

102. Les droits et les revenus que les Législatures du Canada, de la Nouvelle-Ecosse et du Nouveau-Brunswick avaient, avant ou au moment de l'union le pouvoir d'affecter au service public, (sauf la partie de ces droits et de ces revenus que la présente Loi réserve aux législatures des provinces ou qui est perçue par ces provinces en conformité avec les pouvoirs que la présente loi leur confère) forment ensemble un fonds général du revenu qui peut être affecté au service public du Canada en la manière et sous réserve des obligations prévues par la présente loi.

103. Le fonds général du revenu du Canada est grevé en permanence des frais et dépenses occasionnés par la perception, la gestion et la rentrée de ce revenu. Ces frais et dépenses constituent la première obligation sur le fonds, sujet à la révision et vérification en la manière que le Gouverneur général en conseil peut prescrire, à moins que le Parlement en décide autrement.

104. Le service des intérêts sur les dettes publiques des provinces du Canada, de la Nouvelle-Ecosse et du Nouveau-Brunswick au moment de l'union constitue la deuxième obligation du fonds général du revenu du Canada.

105. A moins que le Parlement du Canada ne le change, le traitement du Gouverneur général est de dix mille livres sterling en monnaie du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande, payables à même le fonds général du revenu du Canada. Il constitue la troisième obligation de ce fonds (46).

106. Sous réserve des différents paiements dont il est grevé en vertu de la présente loi, le fonds général du revenu du Canada est affecté au service public selon que le prescrit le Parlement du Canada.

107. Les actifs, fonds liquides, soldes en banque et les valeurs qui appartiennent à chaque province au moment de l'union deviennent tous, sous réserve des prescriptions de la présente loi, la propriété du Canada et sont réduits du montant des dettes respectives des provinces au moment de l'union.

108. Les travaux publics et les propriétés publiques de chaque province, énumérés dans la troisième annexe de la présente loi appartiennent au Canada.

109. Les immeubles, mines, minéraux et redevances qui appartiennent au moment de l'union, aux différentes provinces du Canada, de la Nouvelle-Ecosse et du Nouveau-Brunswick, ainsi que les sommes d'argent alors dues ou payables pour ces immeubles, mines, minéraux et redevances appartiennent à celle des provinces d'Ontario, de Québec, de la Nouvelle-Ecosse et du Nouveau-Brunswick dans laquelle ils sont situés ou exigibles, sous réserve des charges existantes et des droits inhérents autres que ceux de la province(47).

(46) La loi du Gouverneur général le prévoit : S.R.C. 1970, c. G-14.

(47) La modification de 1930 à l'A.A.N.B. a placé les quatre provinces de l'ouest sur le même pied que les provinces originaires à l'égard de leurs richesses naturelles, vu que les lois créant ces provinces ne contenaient aucune disposition équivalant à cet article 109.

110. Tout actif accessoire à cette partie de la dette publique d'une province que celle-ci assume, lui appartient.

111. Le Canada est responsable des dettes et des obligations de chaque province au moment de l'union.

112. L'Ontario et le Québec sont conjointement responsables envers le Canada du montant de la dette de la province du Canada qui excède au moment de l'union, soixante-deux millions cinq cent mille dollars, et s'il y a lieu, elles sont tenues de payer l'intérêt sur cette somme au taux de cinq pour cent par année.

113. L'actif énuméré dans la quatrième annexe de la présente loi qui, au moment de l'union, appartient à la province du Canada devient la propriété commune de l'Ontario et du Québec.

114. La Nouvelle-Ecosse est responsable envers le Canada du montant de sa dette publique qui, au moment de l'union, excède huit millions de dollars et, s'il y a lieu, elle est tenue de payer l'intérêt sur cette somme au taux de cinq pour cent par année.

115. Le Nouveau-Brunswick est responsable envers le Canada du montant de sa dette publique qui, au moment de l'union, excède sept millions de dollars et, s'il y a lieu, il est tenu de payer l'intérêt sur cette somme au taux de cinq pour cent par année.

116. Si, au moment de l'union, la dette publique de la Nouvelle-Ecosse ne s'élève pas à huit millions et celle du Nouveau-Brunswick, à sept millions de dollars, ces provinces reçoivent chacune du gouvernement du Canada, par versements semestriels et par anticipation, un intérêt de cinq pour cent l'an sur la différence entre le montant réel de leur dette respective et le montant déterminé (48).

117. Les différentes provinces conservent toutes leurs propriétés publiques respectives dont la présente loi ne dispose pas sous réserve du droit du Canada de s'approprier tout terrain ou propriété publique requis pour des fortifications ou pour la défense du pays.

118. Le Canada paie annuellement aux diverses provinces les sommes suivantes en vue de subvenir aux dépenses de leur gouvernement et de leur législature : à l'Ontario, quatre-vingt mille dollars ; au Québec, soixante-dix mille dollars ; à la Nouvelle-Ecosse, soixante mille dollars ; au Nouveau-Brunswick, cinquante mille dollars ; soit une somme totale de deux cent soixante mille dollars.

(48) Les obligations financières prévues à ces articles 112 et ss. - de même que celles prévues aux diverses lois créant les autres provinces - font désormais l'objet de diverses lois fédérales sur les ententes fiscales avec les provinces.

De plus, chaque province a droit à une subvention annuelle de quatre-vingts cents par tête de sa population dénombrée au recensement de 1871, et à l'égard de la Nouvelle-Ecosse et du Nouveau-Brunswick, dénombrée à chaque recensement décennal subséquent jusqu'à ce que la population de chacune de ces deux provinces atteigne le chiffre de quatre cent mille âmes, chiffre auquel la subvention reste dès lors fixée. Ces subventions lièrent pour toujours le Canada de toute réclamation. Elles sont payées à chaque province par versements semestriels et par anticipation ; mais le gouvernement du Canada déduit de la subvention de cette province toute somme d'intérêt que celle-ci doit payer sur l'excédent de sa dette publique déterminé par la présente loi (49).

119. Le Nouveau-Brunswick reçoit du Canada, par versements semestriels et par anticipation, pendant une période de dix années à compter de l'union, une subvention supplémentaire de soixante-trois mille dollars par an. Mais tant que la dette publique de cette Province n'a pas atteint sept millions de dollars, il est déduit de cette subvention de soixante-trois mille dollars une somme égale à l'intérêt au taux de cinq pour cent par année sur la différence entre le montant de cette dette et celui de sept millions (50).

120. Tous les paiements prescrits par la présente loi ou destinés à acquitter des obligations que les provinces du Canada, de la Nouvelle-Ecosse ou du Nouveau-Brunswick ont contractées en vertu d'une loi et assumées par le Canada, sont faits en la forme et en la manière que le Gouverneur général en conseil peut déterminer, le cas échéant, jusqu'à ce que le Parlement du Canada en décide autrement.

121. Tout produit de la terre et tout objet fabriqué ou manufacturé dans une des provinces est, à compter de l'union, admis en franchise dans chacune des autres provinces.

122. Sous réserve des dispositions de la présente loi, les lois de chaque province sur la douane et l'accise restent en vigueur tant que le Parlement du Canada ne les aura pas modifiées (51).

123. Si, au moment de l'union, des droits de douane sont imposables sur des articles, des denrées ou des marchandises dans deux provinces, ces articles, denrées ou marchandises peuvent, à compter de l'union, être importées d'une province à l'autre sur preuve du paiement des droits de douane

(49) La modification de l'A.A.N.B. de 1907 avait modifié le texte de cet article : les divers montants originellement prévus avaient alors été changés. La loi de 1950 sur la révision statutaire a abrogé l'article modifié : les diverses lois fédérales sur les ententes fiscales avec les provinces remplacent désormais les dispositions de cet article.

(50) Les commentaires faits à l'égard des articles 116 et 118 s'appliquent également ici.

(51) Les Lois sur les Douanes et l'Accise y pourvoient : S.R.C. 1970, c. E-12 vol. III : (Douanes) c. C-40, vol. II.

dont ils ont été l'objet dans la province d'où ils sont exportés et sur paiement, s'il y a lieu, de tout supplément de droits de douane imposable dans la province où ils sont importés (52).

124. Nulle disposition de la présente loi ne doit porter atteinte au droit du Nouveau-Brunswick de prélever sur les bois coupés les droits prévus au chapitre trois du titre trois des Statuts Refondus du Nouveau-Brunswick, ou dans une loi modifiant ce chapitre avant ou après l'union mais n'augmentant pas le chiffre de ces droits. Les bois coupés des provinces autres que le Nouveau-Brunswick ne sont pas l'objet de ces droits (53).

125. Les immeubles et les biens appartenant au Canada ou à l'une des Provinces ne sont pas imposables.

126. Les droits et les revenus que les Législatures de la province du Canada, de la Nouvelle-Ecosse et du Nouveau-Brunswick avaient avant l'union, le droit d'affecteur au service public et qui sont, aux termes de la présente loi, réservés au gouvernement ou à la législature d'une province, de même que les droits et les revenus que ces législatures prélèvent en conformité des pouvoirs qui leur sont conférés par la présente loi, forment dans chaque province un fonds général du revenu qui peut être affecté au service public de la province.

IX - DISPOSITIONS DIVERSES

Le Dominion =====

127. Toute personne qui, lors de l'adoption de la présente loi, est membre du conseil législatif du Canada, de la Nouvelle-Ecosse ou du Nouveau-Brunswick et à qui un siège de sénateur est offert est réputée l'avoir refusé si elle ne l'accepte pas dans les trente jours par un écrit portant sa signature et adressé au Gouverneur général de la province du Canada ou au Lieutenant-gouverneur de la Nouvelle-Ecosse ou du Nouveau-Brunswick, selon le cas. Toute personne qui, lors de l'adoption de la présente loi, est membre du Conseil Législatif de la Nouvelle-Ecosse ou du Nouveau-Brunswick et qui accepte un siège de sénateur renonce par là même à son siège au conseil législatif (54).

128. Tout membre du Sénat ou de la Chambre des Communes du Canada, avant d'entrer en fonction, doit prêter et souscrire devant le Gouverneur général ou son commissaire-délégué, et tout membre du Conseil

(52) Périmé : cf. annotation sous l'article 122.

(53) Ces droits d'exportation sur le bois coupé de cette province ont été révoqués par une loi du Nouveau-Brunswick 1873 S. N. B., c. 16. La loi fédérale de la même année (36 Vict. c. 41) a accordé une subvention de \$ 150,000 à la province à cette fin.

(54) Abrogé par la Loi de 1893 sur la révision statutaire.

Législatif ou de l'Assemblée Législative d'une province, avant d'entrer en fonction, prête et souscrit devant le Lieutenant-gouverneur de la Province ou son commissaire-délégué le serment d'allégeance contenu en la cinquième annexe de la présente loi. De plus, tout membre du Sénat du Canada ou du Conseil Législatif de Québec, avant d'y entrer en fonction, doit faire et souscrire devant le Gouverneur général ou son commissaire-délégué la déclaration d'aptitude contenue en la même annexe.

129. A moins de disposition contraire de la présente loi, toutes les lois en vigueur dans le Canada, la Nouvelle-Ecosse ou le Nouveau-Brunswick au moment de l'union, tous les tribunaux de juridiction civile ou criminelle, toutes les charges, pouvoirs et toutes autorités existant au moment de l'union, ainsi que tous les officiers de l'ordre judiciaire, administratif ou exécutif alors en fonction sont maintenus dans l'Ontario, le Québec, la Nouvelle-Ecosse et le Nouveau-Brunswick comme si l'union n'avait pas eu lieu. Le Parlement du Canada ou la Législature de la province concernée peut toutefois, en conformité avec l'autorité que la présente loi lui confère, les abroger, révoquer, abolir ou modifier, selon le cas, à moins qu'ils n'aient été établis dans une loi du Parlement de la Grande-Bretagne ou du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande ou qu'ils n'existent en vertu d'une telle loi (55).

130. Tant que le Parlement du Canada n'en a pas ordonné autrement, tous les fonctionnaires qui ont des fonctions à remplir relativement à des matières autres que celles qui rentrent dans les catégories de sujets exclusivement attribuées par la présente loi aux Législatures des provinces, sont fonctionnaires du Canada et continuent à remplir les devoirs de leurs charges respectives aux mêmes conditions, avec les mêmes peines que si l'union n'avait pas eu lieu (56).

131. Tant que le Parlement du Canada n'en a pas ordonné autrement, le Gouverneur général en conseil peut au besoin, nommer les fonctionnaires qu'il croit nécessaires ou utiles à l'exécution efficace de la présente loi.

132. Le Parlement et le Gouvernement du Canada possèdent tous les pouvoirs nécessaires ou utiles pour remplir, envers les pays étrangers, les obligations que des traités conclus entre l'Empire britannique et ces pays étrangers peuvent imposer au Canada ou à l'une de ses provinces en tant que partie de l'Empire (57).

133. Dans les chambres du Parlement du Canada et de la Législature du Québec, l'usage de la langue anglaise ou de la langue française dans les

(55) Le Statut de Westminster a supprimé la restriction à l'égard de la modification ou de l'abrogation des lois adoptées par le Royaume-Uni ; cf. également l'article 65 de la présente loi.

(56) Périmé.

(57) La décision du Conseil Privé sur les traités (1937) a profondément altéré la portée de cet article.

débats est facultatif mais les registres et procès-verbaux des chambres susdites doivent être tenus dans ces deux langues. Dans tout procès ou procédure portés devant tout tribunal du Canada établi en vertu de la présente loi ou devant tout tribunal du Québec, toute personne peut faire usage de l'une ou de l'autre de ces langues dans toutes procédures et plaidoiries qui s'y déroulent ou en émanent.

Les lois du Parlement du Canada et de la Législature du Québec doivent être imprimées et publiées dans ces deux langues.

L'Ontario et le Québec

134. Tant que la Législature de l'Ontario ou du Québec n'en a pas ordonné autrement, les Lieutenants-gouverneurs de l'Ontario et du Québec peuvent chacun dans sa juridiction, nommer sous le grand sceau de la province les fonctionnaires suivants durant bon plaisir : le procureur général, le secrétaire et registraire de la province, le trésorier de la province, le commissaire des terres de la couronne et le commissaire de l'agriculture et des travaux publics et, en ce qui concerne le Québec, le solliciteur général ; ils peuvent aussi, par ordonnance en conseil, déterminer à l'occasion les attributions de ces fonctionnaires, ainsi que les attributions des départements placés sous leur contrôle ou auxquels ils sont attachés et celles des fonctionnaires et employés de ces départements ; de plus, ils peuvent nommer d'autres fonctionnaires durant bon plaisir, déterminer à l'occasion les attributions de ceux-ci ainsi que les attributions des départements placés sous leur administration ou auxquels ils sont attachés, et celles des fonctionnaires et des employés de ces départements (58).

135. Tant que la Législature de l'Ontario ou celle du Québec n'en a pas ordonné autrement, tous droits, pouvoirs, devoirs, fonctions, obligations autorisés qu'une loi ou une ordonnance du Haut-Canada, du Bas-Canada ou du Canada attribue ou, selon le cas, impose au moment de l'adoption de la présente loi au procureur général, au solliciteur général, au secrétaire et registraire de la province du Canada, au ministre des finances, au commissaire des terres de la couronne, au commissaire des travaux publics, au ministre de l'agriculture et au receveur général et qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions de la présente loi, sont attribués ou imposés à tout fonctionnaire nommé par le Lieutenant-gouverneur pour remplir ces fonctions ou l'une d'elles. Le commissaire de l'agriculture et des travaux publics doit remplir les devoirs et les fonctions que la loi de la province du Canada confère au commissaire de l'agriculture au moment de l'adoption de la présente loi, ainsi que ceux du commissaire des travaux publics (59).

136. Tant que le Lieutenant-gouverneur en conseil ne les a pas changés,

(58) Les lois de l'exécutif de chacune des provinces y pourvoient : pour le Québec, S.R.Q. 1964, c. 9.

(59) Sans doute périmé : les deux provinces disposant de lois à ce sujet.

les grands sceaux de l'Ontario et du Québec sont les mêmes ou du même modèle que ceux qui étaient en usage dans les provinces du Haut-Canada et du Bas-Canada avant leur fusion en province du Canada.

137. Les mots "et de là jusqu'à la fin de la prochaine session de la législature" ou autres expressions analogues, employés dans une loi temporaire de la province du Canada qui est encore en vigueur au moment de l'union, sont réputés s'étendre et s'appliquer à la prochaine session du Parlement du Canada si l'objet de la loi est du ressort de celui-ci aux termes de la présente loi, ou à la prochaine session des Législatures de l'Ontario ou du Québec, selon le cas, si l'objet de la loi est du ressort de celles-ci aux termes de la présente loi.

138. A compter de l'union, l'emploi des termes "Haut-Canada", au lieu d'Ontario ou "Bas-Canada", au lieu de Québec, dans un acte, un bref, une procédure, une plaidoirie, un document, une affaire ou une question, n'a pas pour effet de l'invalidier.

139. Toute proclamation sous le grand sceau de la province du Canada lancée avant l'union mais devant prendre effet postérieurement à l'union, qu'elle soit relative à cette province, au Haut-Canada ou au Bas-Canada, de même que toute matière ou chose qui y est déclarée, ont et continuent d'avoir la même autorité et le même effet que si l'union n'avait pas eu lieu.

140. Toute proclamation qu'une loi de la Législature de la province du Canada autorise à lancer sous le grand sceau de la province du Canada, qu'elle soit relative à cette province, au Haut-Canada ou au Bas-Canada, et qui n'a pas été lancée avant l'union peut être lancée par le Lieutenant-gouverneur de l'Ontario ou du Québec, selon le besoin, et sous le grand sceau de la province concernée. Dès qu'elle a été lancée, cette proclamation ainsi que toute matière ou chose qui y est déclarée ont et continuent d'avoir la même autorité et le même effet que si l'union n'avait pas eu lieu (60).

141. Tant que le Parlement du Canada n'en a pas ordonné autrement, le pénitencier de la province du Canada est et continue d'être le pénitencier de l'Ontario et du Québec (61).

142. Le partage et la répartition des dettes, des créances, obligations, des biens et de l'actif du Haut-Canada et du Bas-Canada sont référés à la décision de trois arbitres, dont l'un est choisi par le gouvernement de l'Ontario, l'autre par le gouvernement du Québec et le troisième, par le gouvernement du Canada. Le choix des arbitres ne doit pas avoir lieu avant que le Parlement du Canada et les Législatures de l'Ontario et du Québec ne se soient réunis. L'arbitre choisi par le gouvernement du Canada ne doit avoir son domicile ni dans l'Ontario ni dans le Québec (62).

(60) Ces quatre derniers articles 137, 138, 139 et 140 sont probablement périmés.

(61) La loi des Pénitenciers y pourvoit : S.R.C. 1970, c. P-6 Vol. VI.

(62) Périmé : une entente est intervenue entre ces autorités en 1902 : cf. Livre des Comptes publics de l'état fédéral de 1902-1903.

143. Le Gouverneur général en conseil peut, à l'occasion, ordonner que les archives, livres et documents de la province du Canada qu'il juge à propos de déterminer soient remis et livrés à l'Ontario ou au Québec et ils deviennent dès lors la propriété de cette province. Toute copie et tout extrait de ces documents, à condition d'être certifiés conformes par le fonctionnaire qui a la garde des originaux, sont reconnus comme probants (63).

144. Le Lieutenant-gouverneur du Québec peut à l'occasion, par proclamation sous le grand sceau de la province et devant prendre effet à compter du jour qui y est fixé, établir des cantons dans les parties de la province de Québec où il n'en existe pas encore et fixer les tenants et aboutissants de ces nouveaux cantons.

X - LE CHEMIN DE FER INTERCOLONIAL

145. La province du Canada, la Nouvelle-Ecosse et le Nouveau-Brunswick ayant déclaré collectivement qu'il est indispensable de construire le chemin de fer intercolonial pour raffermir l'union de l'Amérique du Nord britannique et assurer le concours de la Nouvelle-Ecosse et du Nouveau-Brunswick, et ayant, en conséquence, convenu que la construction immédiate de ce chemin de fer par le Gouvernement du Canada devait être décrétée, le Gouvernement et le Parlement du Canada, pour donner suite à cette convention, sont tenus de prendre des mesures pour commencer, dans les six mois qui suivent l'union, les travaux de construction d'un chemin de fer reliant le fleuve Saint-Laurent à la cité d'Halifax en Nouvelle-Ecosse, pour les poursuivre sans interruption et les terminer avec toute la diligence possible (64).

XI - L'ENTREE D'AUTRES COLONIES DANS L'UNION

146. A la suite d'adresses des chambres du Parlement du Canada et des chambres des législatures respectives des colonies ou provinces de Terre-Neuve, de l'Ile du Prince Edouard et de la Colombie Britannique, il est loisible à la Reine, sur et suivant l'avis du très honorable Conseil Privé de Sa Majesté, d'admettre ces colonies ou provinces ou l'une d'elles dans l'union et, à la suite d'une adresse des chambres du Parlement du Canada, d'admettre la terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest, ou l'un d'eux dans l'union, aux termes et conditions qui, dans chaque cas sont stipulés dans les adresses et que la Reine juge à propos d'approuver, sous réserve des dispositions de la présente Loi ; et les dispositions de toute ordonnance en conseil à cet égard ont le même effet que si elles avaient été promulguées par le Parlement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande.

(63) Sans doute périmé.

(64) Les dispositions prévues à cet article ayant été exécutées, celui-ci devint caduc : il a été abrogé par la loi de 1893 sur la révision statutaire.

147. Au moment de l'admission de Terre-Neuve et de l'Ile du Prince Edouard, ou de l'une d'elles, dans l'union, chacune a le droit d'être représentée au Sénat du Canada par quatre membres ; et (nonobstant toute disposition de la présente loi) advenant l'admission de Terre-Neuve, le nombre normal de sénateurs est de soixante-seize et le nombre maximum, de quatre-vingt-deux ; mais l'Ile du Prince Edouard, à son entrée, est réputée faire partie de la troisième des trois divisions qui partagent le Canada, aux termes de la présente loi, pour les fins de la représentation au Sénat ; en conséquence, après l'entrée de l'Ile du Prince Edouard dans l'union, que Terre-Neuve en fasse partie ou non, la représentation de la Nouvelle-Ecosse et du Nouveau-Brunswick au Sénat est réduite, pour chacune de ses provinces, de douze à dix membres, à mesure que des sièges deviennent vacants, et la représentation de chacune de ces provinces nedoit jamais être portée à plus de dix membres, sous réserve des dispositions de la présente loi qui autorisent à nommer trois ou six sénateurs additionnels sur les instructions de la Reine (65).

(65) Périmé : cf. les articles 21 et ss. de la présente loi et les annotations qui y réfèrent.

STATUTS REVISES DU CANADA 1875 38 Vict. c.11.

ACTE POUR ETABLIR UNE COUR SUPREME ET
UNE COUR D'ECHIQUIER POUR LE CANADA

(Sanctionné le 8 avril 1875)

Sa Majesté, par et de l'avis et du consentement du Sénat et de la Chambre des Communes du Canada, décrète ce qui suit :

1. Il est par le présent acte constitué et établi, dans et pour la Puissance du Canada, une cour de droit commun et d'équité qui sera dénommée "La Cour Suprême du Canada", et une cour d'échiquier qui sera dénommée "La Cour de l'Echiquier du Canada".

2. Ces cours, ci-après appelées "la Cour Suprême" et "la Cour de l'Echiquier", seront des cours d'archives.

Juges de ces cours
=====

3. La Cour Suprême sera composée d'un juge en chef et de cinq juges puînés, cinq desquels, en l'absence de l'un d'entre eux, pourront légalement tenir la cour pendant le terme.

4. Sa Majesté pourra nommer, par lettres patentes sous le grand sceau du Canada, - comme juge en chef de cette cour -, une personne étant ou ayant été juge de l'une des cours supérieures dans quelque'une des provinces formant la Puissance du Canada, ou un avocat ayant pratiqué pendant au moins dix ans au barreau de quelque'une de ces provinces, et, - comme juges puînés de cette cour, - cinq personnes étant ou ayant été respectivement juges de l'une de ces cours supérieures, ou étant avocats de pas moins de dix ans de pratique au barreau de quelque'une de ces provinces, dont deux au moins seront pris parmi les juges de la Cour Supérieure ou de la Cour du Banc de la Reine, ou parmi les procureurs ou avocats de la province de Québec ; et les vacances survenant dans ces charges seront, au besoin, remplies de la même manière. Le juge en chef et les juges de la Cour Suprême seront respectivement le juge en chef et les juges de la Cour de l'Echiquier. Ils résideront en la cité d'Ottawa, ou dans un rayon de cinq milles de cette cité.

5. Les juges qui seront nommés sous l'autorité du présent acte resteront en charge durant bonne conduite ; mais le Gouverneur-Général pourra démettre tout juge de ses fonctions, sur l'adresse du Sénat et de la Chambre des Communes. Le mot "juge", dans le présent acte, comprend un juge en chef, à moins que le contraire ne soit exprimé ou que le contexte ou le sens exigent de faire une distinction.

6. Il sera payé sur le fonds consolidé de revenu du Canada, (après avoir acquitté ou réservé un montant suffisant pour acquitter toutes sommes qui y sont déjà imputées, mais de préférence à toutes sommes qui pourront plus tard y être imputées), les sommes suivantes, annuellement, pour les traitements des dits juges, comme juges des deux cours, savoir : - au juge en chef, la somme de huit mille piastres, et à chacun des juges puînés, la somme de sept mille piastres ; et ces sommes seront payées par versements mensuels, quittes et nettes de toutes déductions quelconques ; le premier paiement devra se faire au pro rata le premier jour du mois qui suivra la nomination du juge y ayant droit ; et si une personne nommée à quelque'une de ces charges décède ou se démet de ses fonctions, l'exécuteur testamentaire ou l'administrateur de la personne ainsi décédée, ou la personne qui s'est ainsi démise de ses fonctions, aura droit de recevoir telle partie proportionnelle du dit traitement qui reviendra à cette personne pour le temps qu'elle aura rempli cette charge depuis le dernier paiement, et le successeur de la personne ainsi décédée, ou qui s'est ainsi démise de ses fonctions, aura droit de recevoir telle portion du traitement qui lui reviendra, à compter du jour de sa nomination.

7. Lorsqu'un juge nommé en vertu du présent acte aura rempli la charge de juge de ces cours pendant quinze ans ou plus, ou aura occupé cette charge et celle de juge de l'une ou de plusieurs des cours supérieures de droit ou d'équité, ou de la cour de Vice-Amirauté, dans quelque'une des provinces du Canada, pendant des époques formant ensemble une période de quinze ans ou plus, ou lorsqu'il sera affligé de quelque infirmité permanente, le rendant incapable de remplir sa charge, alors, si ce juge se démet de ses fonctions, Sa Majesté pourra, par lettres patentes sous le grand sceau du Canada, énonçant cette tenue de charge ou cette infirmité permanente, lui accorder une pension annuelle égale aux deux tiers du traitement attaché à la charge qu'il remplissait à l'époque de sa retraite, laquelle pension datera immédiatement après sa démission et lui sera payée sa vie durant, par versements mensuels et au pro rata pour toute période moindre qu'une année, à même les deniers disponibles formant partie du fonds consolidé de revenu du Canada.

8. Tout juge nommé sous l'autorité du présent acte devra, avant d'entrer en fonctions, prêter le serment qui suit : -

"Je, _____ promets et jure solennellement et sincèrement que j'exercerai bien et fidèlement, et au meilleur de ma capacité et de mes connaissances, les pouvoirs et les devoirs qui me sont confiés (comme juge en chef ou l'un des juges) de la Cour Suprême et de la Cour de l'Echiquier du Canada. Ainsi, Dieu me soit en aide".

9. Ce serment sera prêté par le juge en chef des dites cours, devant le Gouverneur-Général ou la personne administrant le gouvernement de la Puissance, en conseil, et par les juges puînés de ces cours, devant le juge en chef.

10. Nul juge nommé sous l'autorité du présent acte ne pourra remplir d'autres fonctions rétribuées, ni sous le gouvernement de la Puissance du Canada, ni sous le gouvernement d'aucune province du Canada.

Juridiction d'appel de la Cour Suprême

11. A moins que le contraire ne soit prescrit, ou que le contexte n'exige évidemment une autre interprétation, les mots et les termes qui suivent, lorsqu'employés dans le présent acte, à l'égard des procédures en appel sous son autorité, auront la signification qui leur est par le présent respectivement attribuée : - le mot "jugement", lorsqu'il a rapport à la cour dont est appel, signifie tout jugement, ordonnance, règle, ordre, décision, décret, arrêt ou sentence de cette cour ; et lorsqu'il a rapport à la Cour Suprême, il comprend tout jugement ou ordre de cette cour ; - le mot "appel" signifie toute procédure institutée dans le but de faire infirmer ou modifier ou modifier un jugement de la cour dont est appel, sur quelque point de droit, ainsi que tout appel fondé sur les faits ou sur les faits et le droit dans toute cause. L'expression "la cour" signifie la Cour Suprême ; et l'expression "la cour dont est appel" signifie la cour de laquelle l'appel a été directement évoqué à la Cour Suprême, que cette cour soit une cour de première instance ou une cour de pourvoi pour erreur et d'appel ; et lorsqu'un appel à la Cour Suprême est permis à l'égard d'un jugement dans aucune cause, il sera toujours censé être permis à l'égard du jugement de la cour en dernière instance dans la province où le jugement a été rendu dans la cause.

12. Cinq juges de la Cour Suprême constitueront un quorum aux fins d'entendre et décider les causes en appel.

13. Pour entendre et décider les appels, la Cour Suprême tiendra deux termes par année, en la cité d'Ottawa, l'un devant commencer le troisième lundi de janvier, et l'autre le premier lundi de juin, chaque année, et chacun de ces termes durera jusqu'à ce que toutes les causes pendantes devant la cour aient été vidées.

14. La Cour Suprême pourra ajourner ces termes de temps à autre, et se réunir de nouveau à l'époque fixée lors de l'ajournement pour procéder aux affaires ; avis de cet ajournement et du jour fixé pour la reprise du terme sera donné par le registraire dans la Gazette du Canada. La cour pourra être convoquée en tout temps par le juge en chef, ou, s'il est absent ou malade, par le doyen des juges puînés, de la manière qui pourra être prescrite par les règles de pratique ci-après mentionnées.

15. La Cour Suprême aura, possédera et exercera une juridiction d'appel, au civil et au criminel, dans et par tout le Canada.

16. Chaque fois que l'on alléguera qu'il y a eu erreur en loi, les procédures devant la Cour Suprême auront lieu sous forme d'appel.

17. Sauf les restrictions et dispositions ci-dessous décrétées, appel pourra être interjeté devant la Cour Suprême, à l'égard de tout jugement final de la cour de juridiction supérieure en dernier ressort, que cette cour soit une cour d'appel ou une cour de première instance, actuellement établie

ou qui le sera plus tard dans quelque province du Canada, dans les cas où la cour de première instance est une cour supérieure ; pourvu que nul appel d'un jugement rendu dans la province de Québec, ne sera permis dans les causes où la somme ou la valeur de la chose en litige ne s'élève pas à deux mille piastres ; et le droit d'appel dans des causes civiles donné par le présent acte ne sera censé être donné que dans les causes mentionnées dans la présente section, sauf seulement dans les causes d'échiquier, et les cas de mandamus, d'habeas corpus ou de règlements municipaux, tel que ci-après pourvu.

18. L'appel interjeté dans toute cause ci-dessus mentionnée le sera au moyen de la production d'un cas spécial (special case), à moins que les parties ne conviennent du contraire ; et la Cour Suprême tirera, des faits énoncés dans ce cas spécial, les conclusions de fait que la cour dont est appel en aurait dû tirer.

19. Appel pourra être interjeté de tout jugement sur une motion à l'effet de faire enregistrer un verdict ou une mise hors de cour (nonsuit) sur un point réservé lors du procès.

20. Appel pourra être interjeté de tout jugement rendu sur une motion à l'effet d'obtenir un nouveau procès, sur le motif que le juge a rendu une décision qui n'est pas conforme à la loi.

21. Nul appel ne sera interjeté en vertu des trois sections immédiatement précédentes, à moins qu'avis par écrit n'en ait été signifié à la partie adverse, ou à son procureur ad litem, dans les vingt jours du prononcé de la décision dont est appel, ou dans le cours de tout autre délai que la cour dont est appel ou un juge de cette cour pourra fixer.

22. Lorsque la demande d'un nouveau procès est fondée uniquement sur quelque point laissé à la discrétion de la cour, sur l'allégation, par exemple, que le verdict est contraire à la preuve ou autrement, nul appel à la Cour Suprême ne sera permis.

23. Appel pourra être interjeté à la Cour Suprême à l'égard de toutes procédures relatives à un bref d'habeas corpus, ne se rattachant pas à une accusation criminelle, et à l'égard de toutes procédures relatives à un bref de mandamus, et dans tous les cas où un règlement d'une corporation municipale a été infirmé par une cour, ou que l'ordonnance pour l'infirmier a été refusée, après audition.

24. La procédure relative aux appels sera, lorsque le contraire n'est pas prescrit par le présent acte ou par les règlements et ordres généraux faits sous son autorité, autant que possible conforme à la pratique actuellement suivie par le comité judiciaire du conseil privé de Sa Majesté.

25. Tout appel du jugement d'une cour ou d'un juge par lequel une pétition d'élection a été décidée, sera interjeté dans les huit jours du

prononcé de ce jugement, et tout autre appel sera interjeté dans les trente jours de la signature, ou de l'inscription, ou du prononcé du jugement dont est appel.

26. Pourvu toujours que la cour dont on voudra en appeler, ou l'un des juges de cette cour, pourra permettre qu'appel soit interjeté dans des circonstances spéciales, sauf dans le cas d'une pétition d'élection, bien que l'appel n'ait pas été interjeté dans les délais ci-dessus prescrits à ce sujet ; mais dans ce cas, la cour ou le juge imposera telles conditions, à l'égard du cautionnement ou autrement, qui lui paraîtront justes dans les circonstances.

27. Un appel pourra aussi être interjeté directement à la Cour Suprême du jugement de la cour de première instance, du consentement des parties.

28. Nul bref ne sera nécessaire ni émis pour interjeter un appel par-devant la Cour Suprême, mais il suffira que la partie qui désirera ainsi en appeler ait donné, dans le temps ci-dessus prescrit en pareil cas, le cautionnement requis et qu'elle ait obtenu l'autorisation d'en appeler.

29. L'appel aura lieu sur un exposé de la cause qui sera préparé par les parties, mais dans le cas de désaccord entre elles, les points sur lesquels il y aura désaccord seront réglés par la cour dont est appel, ou par l'un de ses juges, et l'exposé contiendra le jugement dont est appel, et telles parties des plaidoyers, de la preuve, des affidavits et des documents qui pourront être nécessaires pour soumettre la question à la décision de la cour.

30. Le greffier ou tel autre officier compétent de la cour dont est appel, devra, sur paiement à lui fait des honoraires requis et des frais de transmission, transmettre, immédiatement après l'autorisation de l'appel, le dossier au registraire de la Cour Suprême, et les procédures ultérieures auront alors lieu conformément à la pratique de cette cour.

31. Nul appel ne sera autorisé (sauf seulement en cas d'appel à l'égard d'un bref d'habeas corpus) avant que l'appelant n'ait donné bonne et suffisante caution à concurrence de cinq cents piastres, à la satisfaction de la cour contre le jugement de laquelle il doit interjeter appel, ou d'un juge de cette cour, qu'il poursuivra effectivement son appel et paiera les frais et dommages qui pourront être adjugés, au cas où le jugement dont est appel serait confirmé ; pourvu toujours que la présente section ne s'appliquera pas aux appels en matières d'élections, à l'égard desquels il est établi ci-dessous des dispositions spéciales.

32. Ce cautionnement fourni, l'exécution sera suspendue dans la cause en première instance, sauf dans les cas suivants : -

1. Si le jugement dont est appel prescrit la cession ou livraison de documents ou de propriétés mobilières, l'exécution du jugement ne sera pas suspendue avant que les choses qu'il est prescrit de céder ou livrer n'aient

été représentées en cour, ou placées sous la garde de l'officier ou séquestre nommé par la cour, ni avant qu'il n'ait été donné caution à la satisfaction de la cour contre le jugement de laquelle appel est interjeté, ou d'un juge de cette cour, à concurrence de la somme que la cour ou le juge pourra fixer, à l'effet que l'appelant se conformera à l'ordonnance ou au jugement de la Cour Suprême.

2. Si le jugement dont est appel prescrit l'exécution d'un transport ou de tout autre acte, l'exécution du jugement ne sera pas suspendue avant que l'acte n'ait été exécuté et déposé entre les mains de l'officier qu'il appartient de la cour dont est appel, sujet à l'ordre ou au jugement de la Cour Suprême.

3. Pourvu que si la cour dont est appel est elle-même une cour d'appel, et que l'acte de cession ou de transport, le document, la propriété mobilière, ou les choses ci-dessus mentionnées, aient été déposés et remis à la garde de l'officier compétent de la cour dans laquelle la cause a pris naissance, le consentement de la partie désirant en appeler à la Cour Suprême à l'effet qu'ils y restent jusqu'à ce que le jugement de la Cour Suprême soit rendu, sera obligatoire pour cette partie et censé être un accomplissement des exigences ci-dessus de la présente section.

4. Si le jugement dont est appel prescrit la vente ou la délivrance d'une propriété foncière ou d'une propriété immobilière par destination, l'exécution du jugement ne sera pas suspendue avant qu'il n'ait été donné caution à la satisfaction de la cour dont est appel, ou d'un juge de cette cour, à concurrence de la somme que cette dernière cour ou ce juge fixera, à l'effet que tant que l'appelant restera en possession, il ne commettra ni ne permettra qu'on commette de dévastations sur la propriété, et que si le jugement est confirmé, il paiera la valeur de l'usage et occupation de la propriété à compter du jour auquel l'appel est interjeté jusqu'à la délivrance de la propriété, - et aussi, dans le cas où le jugement prescrirait la vente de la propriété et le paiement de tout déficit dans la vente, que l'appelant comblera le déficit.

5. Si le jugement dont est appel prescrit le paiement de deniers, soit à titre de dette, ou de dommages ou frais, l'exécution n'en sera pas suspendue avant que l'appelant n'ait donné caution à la satisfaction de la cour dont est appel, ou d'un juge de cette cour, à l'effet que si le jugement est, en tout ou en partie, confirmé, l'appelant paiera le montant prescrit, ou la partie de ce montant pour laquelle le jugement pourra être confirmé, s'il ne l'est que partiellement, ainsi que tous les dommages adjugés contre l'appelant.

6. Pourvu que dans tous les cas où l'exécution est suspendue sur cautionnement fourni en vertu de la présente section, ce cautionnement pourra être donné au moyen du même instrument par lequel est donné le cautionnement prescrit par la section immédiatement précédente.

33. Lorsque le cautionnement aura été fourni et reçu, tout juge de la cour dont est appel pourra adresser son fiat au shérif auquel l'exécution du jugement a été confiée, à l'effet de suspendre l'exécution, laquelle sera en conséquence suspendue, qu'elle ait ou non été suivie de prélèvement de deniers ; et si la cour dont est appel est elle-même une cour d'appel, et que l'exécution a déjà été suspendue dans la cause, cette suspension d'exécution

se continuera, sans autre fiat, jusqu'à la décision de la cause par la Cour Suprême ; pourvu toujours que sur tout jugement dont appel sera interjeté, à la suite duquel l'exécution aura émané avant que le fiat du juge de suspendre l'exécution n'ait été obtenu, nulle commission au shérif ne sera accordée contre l'appelant, à moins qu'un juge de la cour dont est appel ne juge à propos d'en ordonner autrement.

34. Lorsque, à la suite d'un appel de tout jugement, la Cour Suprême confirmera ce jugement, l'intérêt sera accordé par la cour pour le temps que l'exécution a été suspendue à raison de l'appel.

35. Si, lorsque le shérif recevra le fiat, ou une copie du fiat, les deniers ont été prélevés ou reçus par lui, mais non remis à la partie à l'instance de laquelle l'exécution a été émise, l'appelant pourra exiger du shérif qu'il lui rembourse le montant prélevé ou reçu à la suite de l'exécution, ou la partie qu'il n'aura pas encore payée ; et à défaut de ce faire par le shérif, après la demande qui lui en aura été ainsi faite, l'appelant pourra recouvrer ce montant du shérif par action pour deniers reçus, ou au moyen d'un ordre ou d'une ordonnance de la cour dont est appel.

36. Si le jugement dont est appel prescrit la livraison d'effets périssables, la cour dont est appel, ou un juge de cette cour, pourra ordonner que ces effets soient vendus et que les produits en soient consignés en cour, sujets au jugement qui sera rendu par la Cour Suprême.

37. La Cour Suprême aura le pouvoir de casser les procédures, dans les causes portées devant elle, dans lesquelles il n'y a pas lieu à appel, ou lorsque ces procédures sont prises en violation de la bonne foi.

38. La Cour Suprême aura le pouvoir de débouter un appel, ou de prononcer le jugement, et de décerner l'ordre ou autre ordonnance que la cour dont est appel aurait dû prononcer ou décerner ; et la Cour Suprême pourra, à sa discrétion, décerner tout ordre relatif au paiement des frais dans la cour dont est appel, ainsi que des frais de l'appel ou de quelque partie de ces frais, que le jugement dont est appel soit infirmé ou confirmé.

39. L'appelant pourra se désister de son appel en donnant à l'intimé un avis portant en tête le nom de la Cour Suprême et de la cause, et signé par lui, ou par son procureur ou avocat, déclarant qu'il se désiste de ses procédures, sur quoi l'intimé aura immédiatement droit aux frais résultant de l'appel et pourra, dans la cour de première instance, soit demander jugement pour ces frais, soit obtenir un ordre de cette cour ou d'un juge de cette cour, à l'effet qu'ils soient payés, et pourra adopter toutes autres procédures dans cette cour, tout comme si l'appel n'eût pas été intenté.

40. L'intimé pourra consentir à ce que le jugement dont est appel soit infirmé, en donnant à l'appelant un avis portant en tête le nom de la Cour Suprême et de la cause, et signé par l'intimé, son procureur ou avocat, déclarant qu'il consent à ce que le jugement soit infirmé, après quoi la cour ou un juge de la cour infirmera le jugement comme de droit.

41. Si l'appelant retarde indûment de suivre son appel, ou manque de procéder à l'audition de l'appel au premier terme général de la Cour Suprême après que l'appel sera prêt pour l'audition, l'intimé pourra, après avis donné à l'appelant, présenter une motion à la Cour Suprême ou à un juge de cette cour siégeant en chambre, tendant à faire débouter l'appel, sur quoi la cour ou le juge décernera tel ordre qui lui paraîtra juste.

42. Survenant le décès de l'un des appelants pendant que la Cour Suprême est saisie de l'appel, une déclaration de son décès pourra être produite, et la procédure pourra être continuée par et contre la partie survivante, comme si elle était la seule partie appelante ; mais cette déclaration, si elle est contraire à la vérité, pourra être rejetée, sur motion faite à la Cour Suprême, ou à un juge de cette cour siégeant en chambre.

43. Survenant le décès de l'unique appelant, ou de tous les appelants, le représentant légal de l'unique appelant, ou de la dernière partie survivante, pourra, avec la permission de la cour ou d'un juge, produire une déclaration constatant le décès et alléguant qu'il est le représentant légal, et la procédure pourra ensuite être continuée par et contre ce représentant légal comme étant l'appelant ; et si cette déclaration n'est pas faite, l'intimé pourra procéder à la confirmation du jugement, conformément à la pratique de la cour, ou adopter toutes autres procédures auxquelles il lui est permis de recourir ; et la déclaration, si elle est contraire à la vérité, pourra être rejetée par la cour ou un juge, sur motion à cet effet.

44. Survenant le décès de l'un des intimés, une déclaration de son décès pourra être produite, et la procédure pourra être continuée contre l'intimé survivant ; mais cette déclaration, si elle est contraire à la vérité, pourra être rejetée sur motion faite à la Cour Suprême ou à un juge de cette cour.

45. Survenant le décès d'un unique intimé ou de tous les intimés, l'appelant pourra continuer la procédure, en donnant un mois d'avis de l'appel ainsi que de son intention de le poursuivre, au représentant de la partie décédée, ou si tel avis ne peut être donné, alors en signifiant l'avis aux parties intéressées, selon qu'un juge de la Cour Suprême pourra le prescrire.

46. Les jugements de la Cour Suprême, en appel, seront certifiés par le registraire de la cour et transmis à l'officier qu'il appartient de la cour de première instance, qui devra alors en faire toutes les inscriptions nécessaires et voulues, et toutes les procédures subséquentes pourront alors être continuées tout comme si le jugement eût été prononcé ou rendu dans la cour en dernier lieu mentionnée.

47. Le jugement de la Cour Suprême sera dans tous les cas définitif, et nul appel ne pourra être interjeté d'aucun jugement ou ordre de la cour Suprême, devant aucune cour d'appel établie par le parlement de la Grande-Bretagne et d'Irlande à laquelle il peut être ordonné de porter des appels ou pétitions à Sa Majesté en conseil, sauf tout droit qu'il plaira gracieusement à Sa Majesté d'exercer en vertu de sa prérogative royale.

Appels en matières d'élections contestées
=====

48. Lorsque la Cour Suprême sera organisée et dans l'exercice de sa juridiction d'appel, les trente-troisième, trente-quatrième et trente-cinquième sections de l'acte passé en la trente-septième année du règne de Sa Majesté, intitulé : "Acte pour établir de meilleures dispositions pour la décision des élections des membres de la Chambre des Communes dont la validité est contestée, et pour tout ce qui s'y rattache", seront abrogées, sauf tel que ci-dessous prescrit à l'égard des procédures alors pendantes, et ensuite toute partie à une pétition d'élection en vertu du dit acte qui se croira lésée par la décision du juge qui aura présidé à l'instruction de la pétition, sur toute question de droit ou de fait, et qui désirera appeler de ce jugement, pourra, dans les huit jours qui suivront le jour où la décision a été rendue par le juge, déposer entre les mains du greffier ou autre officier de la cour dont le juge fait partie, autorisé à recevoir les deniers consignés en cour, à l'endroit où l'instruction de la pétition a eu lieu, si c'est dans la province de Québec, et au principal greffe de la cour dans toute autre province, la somme de cent piastres comme garantie des frais, et une autre somme de dix piastres pour la préparation et transmission du dossier ; et sur ce, le greffier ou autre officier autorisé de la cour préparera et transmettra le dossier de la cause au registraire de la Cour Suprême, qui inscrira la cause pour audition par la dite cour à la date la plus rapprochée possible, et conformément à toutes règles établies à cet égard en vertu du présent acte ; et l'appelant devra alors, dans les trois jours qui suivront, ou dans tel autre délai que fixera le juge qui aura présidé à l'instruction de la pétition, donner aux autres parties à la pétition concernées dans le dit appel, ou à leurs procureurs ou agents respectifs, qui auront représenté ces parties lors de l'instruction de la pétition, avis par écrit que la matière de la pétition a été ainsi inscrite pour audition en appel, comme susdit, dans et par lequel avis la dite partie appelante pourra, si elle le désire, restreindre le sujet de l'appel à toute question ou questions spéciales et déterminées ; et cet appel sera alors entendu et décidé par la Cour Suprême, qui prononcera, tant sur les questions de droit que sur celles de fait, ou sur les deux, tel jugement qui aurait dû, dans l'opinion de la dite cour, être rendu par le juge de la décision duquel appel est interjeté ; et la Cour Suprême pourra décerner tel ordre, à l'égard des deniers ainsi déposés et des frais du dit appel, qu'elle croira juste ; et s'il appert à la cour qu'un témoignage régulièrement offert au procès a été improprement rejeté, la cour pourra faire entendre le témoin devant la cour ou l'un de ses juges, ou par commission ; et le registraire transmettra à l'Orateur de la Chambre des Communes, le jugement et la décision de la cour sur les différentes questions et matières de droit et de fait sur lesquelles le juge dont est appel aurait pu d'ailleurs prononcer lui-même et transmettre sa décision certifiée conformément au dit acte, de la même manière que le dit juge aurait d'ailleurs pu le faire, et avec le même effet ; et les dits jugement et décision de la Cour Suprême seront définitifs à toutes fins et intentions quelconques.

Appels en matières criminelles

49. Toute personne convaincue de trahison, félonie ou délit devant une cour d'oyer et terminer ou de délivrance générale des prisons, ou devant la cour du Banc de la Reine, dans la province de Québec, en sa juridiction criminelle, ou devant toute autre cour supérieure de juridiction criminelle, dont la conviction aura été confirmée par quelque cour de dernier ressort, ou, dans la Province de Québec, par la cour du Banc de la Reine en sa juridiction d'appel, ou toute personne incarcérée dans la Puissance du Canada, dont l'extradition sera réclamée en vertu de quelque traité, et dont la demande d'élargissement sur bref d'habeas corpus ad subjiciendum aura été rejetée, pourra interjeter appel à la Cour Suprême de la confirmation de cette conviction, ou du rejet de sa demande ; et la dite cour décernera à cet égard tel ordre ou telle ordonnance, soit aux fins de confirmer la conviction ou d'accorder un nouveau procès, ou autrement, ou d'accorder ou refuser cette demande, qui lui semblera juste, et rendra toutes autres ordonnances nécessaires pour mettre l'ordre à effet, nonobstant toute disposition de la quatre-vingtième section de l'acte passé dans les trente-deuxième et trente-troisième années du règne de Sa Majesté, chapitre vingt-neuf, à ce contraire ; mais nul appel de cette nature ne sera interjeté lorsque la cour aura été unanime à confirmer la conviction, ni à moins qu'avis par écrit de l'appel ait été signifié au procureur-général de la province d'où l'appel est interjeté, dans les quinze jours après que la conviction aura été confirmée ou la demande rejetée.

50. A moins que l'appel ne soit inscrit pour audition par l'appelant au terme de la Cour Suprême durant lequel la conviction aura été confirmée, ou la demande rejetée, ou au terme immédiatement suivant, si la dite cour ne siège pas alors, l'appel sera censé avoir été abandonné, à moins que la Cour Suprême n'en ordonne autrement.

Juridiction en habeas corpus ad subjiciendum

51. Tout juge de la Cour Suprême aura juridiction concurrente avec les cours ou juges des différentes provinces, pour l'émission de brefs d'habeas corpus ad subjiciendum, pour s'enquérir des causes d'incarcération, dans toute cause criminelle sous l'opération d'un acte du Parlement du Canada, ou dans tout cas de demande d'extradition ; et si le juge refuse le bref ou renvoie le prévenu en prison, il pourra être interjeté appel de sa décision à la cour.

Cas spéciaux soumis à la cour

52. Il sera loisible au Gouverneur en conseil de soumettre à la Cour Suprême, pour audition ou examen, toutes questions quelconques qu'il jugera à propos, et la cour les entendra et examinera alors et transmettra son opinion certifiée sur ces questions au Gouverneur en conseil ; pourvu que tout juge ou tous juges de la dite cour qui pourrait ou pourraient différer d'opinion

avec la majorité, pourra ou pourront, de la même manière, transmettre son ou leur opinion certifiée au Gouverneur en conseil.

53. La dite cour, ou deux quelconques de ses juges, feront un examen et un rapport sur tout bill privé, ou sur toute pétition demandant la passation d'un bill privé, présenté au Sénat ou à la Chambre des Communes et qui aura été renvoyé à la cour en vertu des règles ou ordres faits par le Sénat ou la Chambre des Communes.

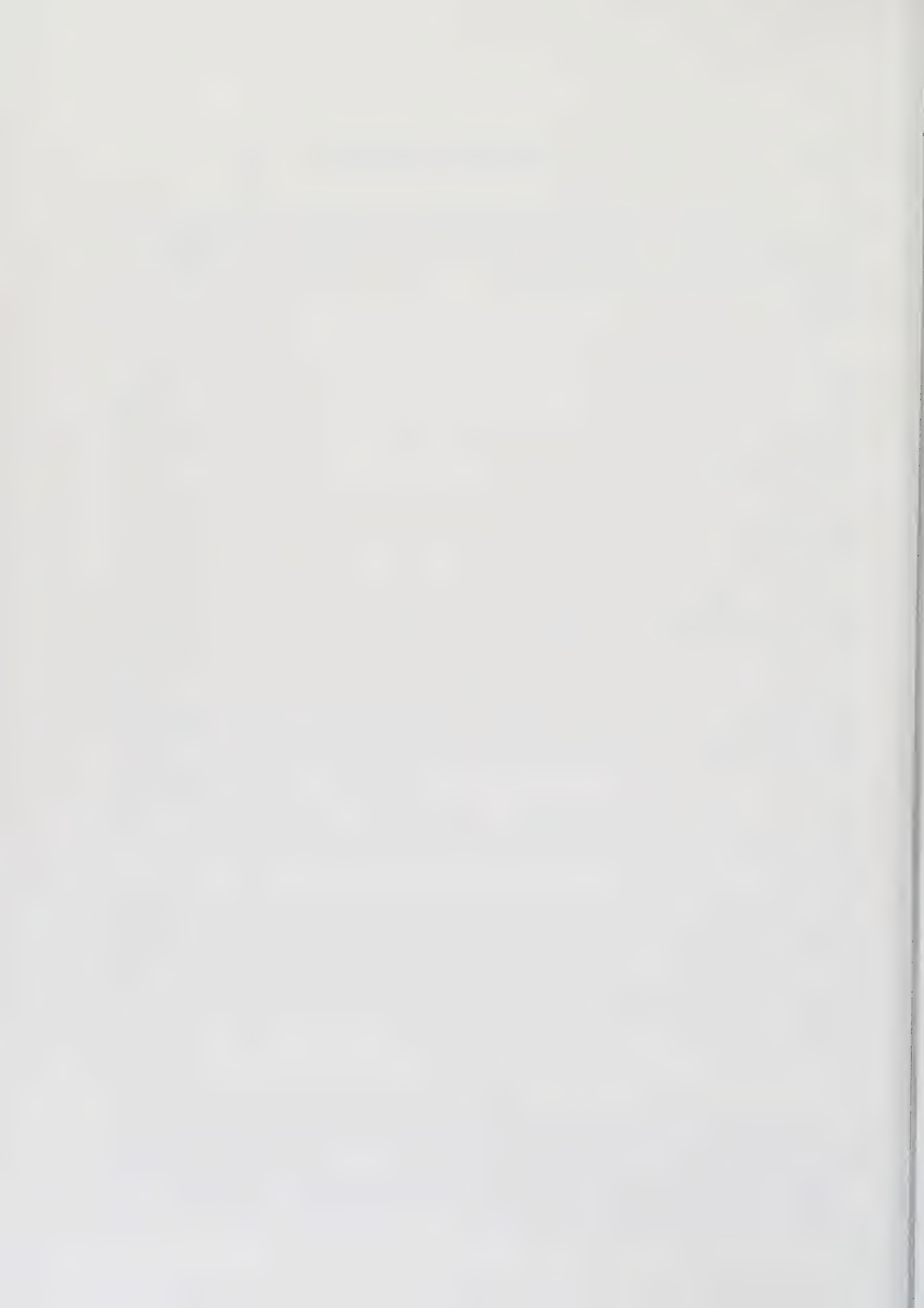
Juridiction spéciale

54. Lorsque la législature d'une province formant partie du Canada aura passé un acte convenant et décrétant que la Cour Suprême et la Cour de l'Echiquier, ou la Cour Suprême seulement, selon le cas, auront juridiction dans aucun des cas suivants, savoir : 1) Les contestations entre la Puissance du Canada et cette province ; 2) Les contestations entre cette province et quelque autre province ou quelques autres provinces qui auront passé un acte semblable ; 3) Les poursuites, actions ou procédures dans lesquelles les parties auront, par leur plaidoyer, soulevé la question de la validité d'un acte du parlement du Canada, lorsque, dans l'opinion d'un juge de la cour devant laquelle elle est pendante, cette question est essentielle ; 4) Les poursuites, actions ou procédures dans lesquelles les parties auront, par leur plaidoyer, soulevé la question de la validité d'un acte de la législature de cette province, lorsque, dans l'opinion d'un juge de la cour devant laquelle elle est pendante, cette question est essentielle ; alors la présente section et les trois sections immédiatement suivantes du présent acte seront en vigueur dans la catégorie ou les catégories de cas à l'égard desquels tel acte convenant et décrétant comme susdit, pourra avoir été passé.

55. La procédure dans les cas en premier et en second lieux mentionnés dans la section immédiatement précédente, aura lieu dans la Cour de l'Echiquier, et appel pourra être interjeté, dans tous tels cas, à la Cour Suprême.

56. Dans les cas en troisième et en quatrième lieux mentionnés dans l'avant-dernière section immédiatement précédente, le juge qui aura décidé que cette question est essentielle ordonnera que la cause soit portée devant la Cour Suprême, afin que cette question y soit décidée, et elle y sera portée en conséquence ; et après la décision de la Cour Suprême, la cause sera renvoyée, avec copie du jugement sur la question soulevée, à la cour ou au juge dont elle provient, pour y être alors décidée suivant la justice.

57. Les deux sections immédiatement précédentes ne s'appliqueront qu'aux causes d'une nature civile et s'appliqueront dans les cas qui y sont prescrits respectivement, quelle que soit la valeur de la matière en litige, et il n'y aura pas d'autre appel à la Cour Suprême sur aucun point qu'elle aura décidé dans aucun cas, ni sur aucun autre point, à moins que la valeur de la matière en litige ne dépasse cinq cents piastres.



STATUTS DU CANADA 1949 vol. 1 13 Geo. VI

LOI MODIFIANT LA LOI DE LA COUR SUPREME

(Sanctionnée le 10 décembre 1949)

Sa Majesté, sur l'avis et du consentement du Sénat et de la Chambre des Communes du Canada, décrète :

1. 1) L'article quatre de la Loi de la Cour Suprême, chapitre trente-cinq des Statuts révisés du Canada, 1927, est abrogé et remplacé par ce qui suit :

"4. La Cour Suprême se compose d'un juge en chef, appelé le juge en chef du Canada, et de huit juges puînés, nommés par le gouverneur en conseil au moyen de lettres patentes sous le grand sceau".

2) L'article six de ladite loi est abrogé et remplacé par le suivant :

"6. Au moins trois des juges sont choisis parmi les juges de la cour du banc du Roi ou de la cour supérieure ou parmi les avocats de la province de Québec".

3) L'article neuf de ladite loi est abrogé et remplacé par le suivant :

"9. 1) Sous réserve du paragraphe deux, les juges restent en fonctions durant bonne conduite mais sont révocables par le gouverneur général sur une adresse du Sénat et de la Chambre des Communes.

2) Un juge cesse d'occuper sa charge lorsqu'il atteint l'âge de soixante-quinze ans".

2. Les articles trente-six et trente-huit à quarante-quatre de ladite loi, ainsi que l'article trente-sept de ladite loi, édicté par l'article un du chapitre quarante-deux des Statuts de 1937, sont abrogés et remplacés par les suivants :

"36. Sous réserve des articles quarante et quarante-quatre, il peut être interjeté appel à la Cour Suprême du Canada d'un jugement définitif ou d'un jugement accordant une motion de non-lieu (nonsuit) ou ordonnant un nouveau procès, de la plus haute cour de dernier ressort dans une province, ou de l'un de ses juges, prononcé

a) Dans une procédure judiciaire où le montant ou la valeur de la matière en litige dans l'appel dépasse deux mille dollars, ou

b) Dans des procédures pour un bref d'habeas corpus ou mandamus, ou sur un tel bref.

"37. Il peut être interjeté appel à la Cour Suprême du Canada d'un avis prononcé par la plus haute cour de dernier ressort dans une province sur toute question soumise à l'audition et à l'examen de cette cour par le lieute-

nant-gouverneur en conseil de ladite province quand il a été déclaré par les lois de cette province que l'avis doit être considéré comme un jugement de ladite plus haute cour de dernier ressort et qu'on peut en interjeter appel comme d'un jugement dans une action.

"38. Sous réserve des articles quarante et quarante-quatre, il peut être interjeté appel à la Cour Suprême du Canada, avec l'autorisation de la plus haute cour de dernier ressort en une province, d'un jugement définitif de ladite cour lorsque, suivant l'opinion de cette cour, la question en jeu dans l'appel en est une qui devrait être soumise à la décision de la Cour Suprême.

"39. Sous réserve des articles quarante et quarante-quatre, il peut être interjeté appel à la Cour Suprême du Canada sur une question de droit seulement, avec l'autorisation de la plus haute cour de dernier ressort en une province, d'un jugement définitif d'une autre cour de ladite province, dont les juges sont nommés par le gouverneur général, prononcé dans une procédure judiciaire où le montant ou la valeur de la matière en litige dans l'appel excède deux mille dollars et où il peut être interjeté appel à cette cour de dernier ressort, si le consentement écrit des parties ou de leurs procureurs, certifié par affidavit, est déposé au bureau du registraire de la Cour Suprême et au bureau du registraire, greffier ou protonotaire de la cour d'où l'appel sera porté.

"40. Nul appel à la Cour Suprême du Canada ne peut être interjeté conformément à l'article trente-six, trente-huit ou trente-neuf, d'un jugement dans une cause au criminel, dans des procédures pour un bref d'habeas corpus, certiorari ou prohibition découlant d'une accusation au criminel ou sur un tel bref, ou dans des procédures pour un bref d'habeas corpus résultant d'une demande d'extradition faite aux termes d'un traité ou sur ce dernier bref.

"41. 1) Sous réserve du paragraphe trois et de l'article quarante-quatre, il peut être interjeté appel à la Cour Suprême du Canada, avec l'autorisation de cette cour, de tout jugement définitif ou autre de la plus haute cour de dernier ressort en une province, ou de l'un de ses juges, où jugement peut être obtenu dans la cause particulière dont on veut appeler à la Cour Suprême du Canada, qu'une autre cour ait refusé ou non l'autorisation d'en appeler à la Cour Suprême du Canada.

2) L'autorisation d'appel aux termes du présent article peut être accordée pendant la période fixée par l'article soixante-quatre ou dans les trente jours qui la suivent, ou dans tel autre délai prorogé que la Cour Suprême ou un juge peut fixer ou accorder, soit avant, soit après l'expiration desdits trente jours.

3) Nul appel à la Cour Suprême du Canada ne peut être interjeté selon le présent article, du jugement d'une cour acquittant ou déclarant coupable, ou annulant ou confirmant une déclaration de culpabilité ou un acquittement, d'un acte criminel ou, sauf sur une question de droit ou juridiction, d'une infraction autre qu'un acte criminel.

4) Chaque fois que la Cour Suprême du Canada a accordé une autorisation d'appel, cette Cour ou un juge peut, nonobstant toute disposition de la présente loi, proroger le délai d'admission de l'appel.

"42. Nonobstant toute disposition de la présente loi, la Cour Suprême a la compétence prévue par toute autre loi conférant juridiction.

"43. Lorsque le droit d'appeler ou de demander une autorisation spéciale d'appel dépend du montant ou de la valeur de la matière en litige, le montant ou la valeur peut se prouver par affidavit ; ce montant ou cette valeur ne doit comprendre aucun intérêt postérieur au jour du prononcé du jugement dont il sera interjeté appel, ni aucuns frais.

"44. Nul appel ne peut être interjeté à la Cour Suprême du Canada d'un jugement ou d'une ordonnance rendue dans l'exercice d'une discrétion judiciaire, sauf dans les procédures de la nature d'une poursuite ou procédure en équité qui prend naissance ailleurs que dans la province de Québec et sauf dans les procédures de mandamus".

3. L'article cinquante-quatre de ladite loi est abrogé et remplacé par le suivant :

"54. 1) La Cour Suprême possède, détient et exerce, à titre exclusif, la juridiction finale d'appel en matière civile et criminelle à l'intérieur du Canada et pour le Canada ; et le jugement de la Cour est, dans tous les cas, définitif et péremptoire.

2) Nonobstant toute prérogative royale ou les dispositions de toute loi du Parlement du Royaume-Uni ou de toute loi du Parlement du Canada, ou de toute loi de la législature d'une province du Canada, ou de quelque autre statut ou loi, aucun appel ne peut être interjeté ni porté du jugement d'une cour, d'un juge ou d'un fonctionnaire judiciaire au Canada, ou concernant un tel jugement, à une cour d'appel, un tribunal ou une autorité par laquelle il peut être ordonné que des appels ou pétitions à Sa Majesté en conseil soient entendus, dans le Royaume-Uni.

3) Sont par les présentes abrogés, en tant qu'ils font partie de la loi du Canada, The Judicial Committee Act, 1833, chapitre quarante et un des Statuts du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande, 1833, et The Judicial Committee Act, 1844, chapitre soixante-neuf des Statuts du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande, 1844, ainsi que tous les arrêtés, règles ou règlements établis en exécution desdits Acts".

4. Est abrogé l'article soixante-cinq de ladite loi.

5. L'article quatre-vingt-cinq de ladite loi est abrogé et remplacé par le suivant :

"85. Les appels inscrits pour audition sont portés par le registraire sur une liste divisée en cinq parties, avec les numéros suivants : Numéro un, causes électorales ; numéro deux, causes des provinces de l'Ouest ; numéro

trois, causes des provinces Maritimes ; numéro quatre, causes de la province de Québec ; numéro cinq, causes de la province d'Ontario ; et le registraire inscrit tous les appels en matière d'élection dans la partie numéro un ; tous les appels provenant du territoire du Yukon et des provinces de la Colombie-Britannique, de l'Alberta, de la Saskatchewan et du Manitoba, dans la partie numéro deux ; tous les appels provenant des provinces de Terre-Neuve, de la Nouvelle-Ecosse, du Nouveau-Brunswick et de l'Ile du Prince-Edouard, dans la partie numéro trois ; tous les appels provenant de la province de Québec, dans la partie numéro quatre, et tous les appels provenant de la province d'Ontario, dans la partie numéro cinq. Ces appels sont entendus et décidés dans l'ordre de cette inscription, à moins que le juge en chef ou l'un des juges puînés, sur ses instructions, n'en ordonne autrement".

6. L'article cent quatre de ladite loi est modifié par l'adjonction de l'alinéa suivant, immédiatement après l'alinéa a) du paragraphe premier :

"aa) Pour admettre des appels in forma pauperis sur autorisation, nonobstant l'article soixante-dix ;".

7. Nonobstant toute disposition de l'article trois de la présente loi, un appel d'un jugement prononcé

a) dans une procédure judiciaire entamée avant l'entrée en vigueur de la présente loi, ou

b) dans un renvoi fait par le gouverneur en conseil ou par le lieutenant-gouverneur en conseil d'une province avant l'entrée en vigueur de la présente loi,

ou un appel concernant un tel jugement, est recevable ou peut être interjeté comme si ledit article n'avait pas été édicté.

8. La présente loi entrera en vigueur le jour que le gouverneur en conseil fixera par proclamation.

TABLE DES ARRETS ET AVIS CITES DE LA COUR SUPREME DU
CANADA

- 1 - Agence maritime Inc. v. Conseil canadien des relations ouvrières (1969) R.C.S. 851.
- 2 - Alliance des professeurs catholiques de Montréal v. Commission des relations ouvrières (1953) R.C.S. 2.
- 3 - Banks v. The Globe & Mail ltd et al. (1961) R.C.S. 474.
- 4 - Batary v. Procureur Général de la Saskatchewan (1965) R.C.S. 465.
- 5 - Bedard v. Dawson (1923) R.C.S. 681.
- 6 - Birks H. & Sons ltd v. Cité de Montréal (1955) R.C.S. 799.
- 7 - Binus v. la Reine (1967) R.C.S. 594.
- 8 - Boucher v. le Roi (1951) R.C.S. 265.
- 9 - British Columbia Power Co. v. British Columbia Electric Co. (1962) R.C.S. 642.
- 10 - Brodie et al. v. la Reine (1962) R.C.S. 681.
- 11 - Brownridge v. la Reine (1972) R.C.S. 926.
- 12 - Burns Food ltd et al. v. Procureur Général du Manitoba (1975) R.C.S. 494.
- 13 - Cairns construction ltd. v. Gouvernement de la Saskatchewan (1952) R.C.S. 292.
- 14 - Caloil v. Procureur Général du Canada (1971) R.C.S. 543.
- 15 - Campbell Benett ltd v. Comstock Midwestern ltd et al. (1954) R.C.S. 207.
- 15a - Canadian Wheat Board v. Nolan (1951) R.C.S. 81.
- 16 - Canadien Pacifique R. v. Procureur Général de la Saskatchewan (1952) R.C.S. 292.
- 17 - Carnation Co. ltée v. l'Office des marchés agricoles du Québec (1968) R.C.S. 238.
- 18 - Chaput v. Romain (1955) R.C.S. 834.
- 19 - Cité de Montréal v. Dupré (1924) R.C.S. 246.
- 20 - Commission du salaire minimum v. Bell Canada (1966) R.C.S. 767.

- 21 - Coughlin v. The Ontario Highway Transport Board (1968) R.C.S. 569.
- 22 - Crawford et al. v. Procureur Général de la Colombie Britannique (1960) R.C.S. 346.
- 23 - Curr v. la Reine (1972) R.C.S. 889.
- 23a - Deware v. la Reine (1954) R.C.S. 182.
- 24 - Dilorio N. & Fontaine G. v. Commission d'enquête sur le crime organisé de la ville de Montréal (1976) 8. N.R. 361.
- 25 - Dominion News v. la Reine (1964) R.C.S. 251.
- 26 - Duke v. la Reine (1972) R.C.S. 917.
- 27 - Duplain v. Cameron (1961) R.C.S. 693.
- 28 - Esso Standard v. T. N. Enterprises (1963) R.C.S. 145.
- 29 - Fawcett v. Procureur Général de l'Ontario (1964) R.C.S. 625.
- 30 - Guay v. Lafleur (1965) R.C.S. 12.
- 31 - Good Year Tire et al. v. La Reine (1956) R.C.S. 303.
- 32 - Harrison v. Carswell (1975) R.C.S. 200.
- 33 - Hogan v. la Reine (1975) R.C.S. 574.
- 33a - Industrial acceptance v. la Reine (1953) R.C.S. 273.
- 34 - Interprovincial cooperatives ltd et al. v. Sa Majesté la Reine du chef de la province du Manitoba (1976) R.C.S. 477.
- 35 - Johanesson v. la Municipalité rurale de West Saint Paul (1952) R.C.S. 292.
- 35a - Johnson v. Procureur Général de l'Alberta (1954) R.C.S. 127.
- 36 - Jones v. Procureur Général du Canada (1975) R.C.S. 182.
- 37 - Jorgenson v. Procureur Général du Canada (1971) R.C.S. 725.
- 38 - Klein v. Bell (1955) R.C.S. 309.
- 39 - Lamb v. Benoit (1959) R.C.S. 321.
- 40 - Lieberman v. la Reine (1963) R.C.S. 643.
- 41 - Lord's Day Alliance of Canada v. Procureur Général de la Colombie Britannique (1959) R.C.S. 497.

- 42 - Louie Yuet Sun v. la Reine (1961) R.C.S. 70.
- 43 - MacDonald et al. v. Vapor Canada ltd et al. (1976) 22 C.P.R. (2d) 1.
- 44 - McKay et al. v. la Reine (1965) R.C.S. 798.
- 45 - Mann v. la Reine (1966) R.C.S. 238.
- 46 - Munro v. la Commission de la Capitale nationale (1966) R.C.S. 663.
- 47 - Murdoch v. Murdoch (1975) R.C.S. 423.
- 48 - Murphy v. le Canadien Pacifique R. et al. (1958) R.C.S. 626.
- 49 - O'Connor v. la Reine (1966) R.C.S. 619.
- 50 - O'Grady v. Sparling (1960) R.C.S. 804
- 51 - Oil Chemical and atomic workers international union v. Imperial Oil ltd (1963) R.C.S. 584.
- 52 - Prince Edward Island Potato Marketing Board v. H.B. Willis Inc. (1952) R.C.S. 392.
- 53 - Procureur Général du Canada v. Lavell et al. (1974) R.C.S. 1349.
- 54 - Procureur Général du Canada v. La Presse (1967) R.C.S. 60.
- 55 - Procureur Général du Canada et al. v. F. Canard et al. (1976) R.C.S. 170.
- 56 - Procureur Général de la Colombie Britannique v. Smith (1967) R.C.S. 702.
- 57 - Procureur Général du Manitoba v. Manitoba Egg and Poultry Association et al. (1971) R.C.S. 689.
- 58 - Procureur Général de la Nouvelle Ecosse v. Procureur Général du Canada (1951) R.C.S. 31.
- 59 - Procureur Général de l'Ontario v. Scott (1956) R.C.S. 137.
- 60 - Procureur Général de l'Ontario v. Barfried Enterprise Ltd. (1963) R.C.S. 570.
- 60a - Procureur Général de l'Ontario . . Policy holders of Wentworth Insurance Compagny (1969) R.C.S. 779.
- 61 - Rebrin v. Bird et al. (1961) R.C.S. 376.
- 62 - Reine v. Gonzales (1962) 32 D.L.R. (2d) 290.
- 63 - Reine v. Randolph (1966) R.C.S. 260.

- 64 - Reine v. George (1967) R.C.S. 594.
- 65 - Reine v. Board of Transport commissioners (1968) R.C.S. 118.
- 66 - Reine v. Drybones (1970) R.C.S. 282.
- 67 - Reine v. Smythe (1971) R.C.S. 680.
- 68 - Reine v. Appleby (1972) R.C.S. 303.
- 69 - Reine v. Smith (1972) R.C.S. 359.
- 70 - Re Chemicals (1943) R.C.S. 1.
- 71 - Re Gray (1918) R.C.S. 150.
- 72 - Renvoi relatif aux questions soumises sur la compétence législative du Parlement du Canada de promulguer le Bill n° 9 de la quatrième session du 18ème Parlement, intitulé : "Loi pour modifier la loi de la Cour Suprême", (1940) R.C.S. 49.
- 72a - Renvoi relatif à la validité des règlements sur les baux en temps de guerre (1950) R.C.S. 124.
- 73 - Renvoi relatif à la validité de la Loi sur les relations industrielles et sur les enquêtes visant les différends du travail (1955) R.C.S. 529.
- 73a - Renvoi relatif aux questions soumises au sujet de la loi de mise en marché (O.) (1957) R.C.S. 198.
- 74 - Renvoi relatif aux questions soumises au sujet de la Loi des véhicules automobiles de la Saskatchewan (1958) R.C.S. 608.
- 75 - Renvoi relatif aux questions soumises au sujet de la Loi de l'Alberta sur le paiement équitable des dettes (1960) R.C.S. 571.
- 76 - Renvoi relatif aux questions soumises au sujet de la constitutionnalité de la cour de Magistrat (1965) R.C.S. 772.
- 77 - Renvoi relatif aux questions soumises au sujet des droits miniers sous-marins des eaux littorales (1967) R.C.S. 792.
- 78 - Renvoi relatif aux questions soumises par le gouverneur en conseil sur la validité de la loi anti-inflation (1976) R.C.S. 373.
- 78a - Robert v. Marquis & Lussier (1958) R.C.S. 20.
- 79 - Robertson & Rosetanni v. la Reine (1963) R.C.S. 651.
- 80 - Roncarelli v. Duplessis (1959) R.C.S. 121.

- 80a - Rowe v. le Roi (1951) R.C.S. 713.
- 81 - Saumur v. Cité de Québec (1953) R.C.S. 299.
- 82 - Shawinigan Hydro Electric v. Shawinigan Water and Power co. (1910) R.C.S. 650.
- 83 - Sigereak v. la Reine 57 D.L.R. (2d) 536.
- 84 - Sikyea v. la Reine (1964) R.C.S. 642.
- 84a - Smith & Rheeland v. la Reine (1953) R.C.S. 95
- 85 - Smith v. la Reine (1960) R.C.S. 776.
- 85a - Smythe v. la Reine (1971) R.C.S. 680.
- 86 - Stephens v. la Reine (1960) R.C.S. 823.
- 86a - Stuart v. Banque de Montréal (1909) R.C.S. 516.
- 87 - Switzman v. Elbling (1957) R.C.S. 285.
- 88 - Texada Mines ltd. v. Procureur Général de la Colombie Britannique (1960) R.C.S. 713.
- 89 - Walter & Fletcher v. Procureur Général de l'Alberta (1969) R.C.S. 383.
- 90 - Woods Manufacturing co. ltd v. le Roi (1951) R.C.S. 504.
- 91 - Winner v. S. M. T. Eastern ltd (1951) R.C.S. 887.
- 92 - Yuet Sun v. la Reine (1961) R.C.S. 70.



BIBLIOGRAPHIE



I - TRAITES

- 1 - BARBEAU A. : "Le droit constitutionnel canadien. Lois, documents et jugements divers", Montréal, 1974, 440 p.
- 2 - BONENFANT J.C. : "Cours de droit constitutionnel, Université de Laval, Faculté de Droit, 1973, 153 p.
- 3 - BRUN A. & TREMBLAY G. : "Droit public fondamental", Presses de l'Université Laval, Québec, 1972, 513 p.
- 4 - BRUN H. & TREMBLAY G. : "Droit public fondamental. Textes commentés", Les Presses de l'Université Laval, Québec, 1973, 890 p.
- 5 - BURDEAU G. : "Traité de Science Politique. Tome II : l'Etat", Paris, L.G.D.J., 1949, 577 p.
- 6 - CHEVRETTE F. : "Cours de droit constitutionnel canadien : étude juridique du partage des compétences dans le fédéralisme canadien", Université de Montréal, 1968-1969.
- 7 - CADOUX C. : "Droit constitutionnel et institutions politiques", Tome I, Paris, 1973, 496 p.
- 8 - CHEVRETTE F. : "Recueil de Droit Public. Jurisprudence, note et documents", Université de Montréal, 1974, 444 p.
- 9 - LASKIN B. : "Canadian constitutional law. Cases, text and notes on distribution of legislative power", Carswell Compagny, Toronto, 1951, 676 p. ; 1960 2 ed., 1061 p. ; 1966, 3 ed., 1104 p. ; 1969, 3 ed. révisée, 1104 p. ; 1973, 4 ed., 980 p. ; 1975 4 ed. révisée, 980 p.
- 10 - LYON J.N. & ATKEY R.G. : "Canadian constitutional law in a modern perspective", University of Toronto Press, 1970, 1351 p.
- 11 - MARX H. : "Cours de droit constitutionnel", Université de Montréal, 1971, 625 p.
- 12 - MARX H. : "Les grands arrêts de la jurisprudence constitutionnelle au Canada", Les Presses de l'Université de Montréal, 1974, 761 p.
- 13 - MATHIOT A. : "La vie politique aux Etats-Unis", Cours de droit I.E.P., Paris 1969-1970, fascicule III, 592 p.
- 14 - MIGNAULT P.B. : "Traité de droit civil canadien", Montréal Valois 1895, 601 p.

- 15 - MORIN J. Y. : "Le fédéralisme. Théorie et critique", Cours de droit constitutionnel, Université de Montréal, 1964, 105 p.
- 16 - PIGEON L. P. : "Cours de droit constitutionnel", Université de Montréal, 1963, 215 p.
- 17 - WHYTE J. D. & LEDERMAN W. R. : "Canadian constitutional law. Cases, notes and materials on the distribution and limitation of legislative powers under the constitution of Canada", Butterworths, Toronto, 1975, 808 p.

II - THESES & MEMOIRES

- 18 - BERAULT M. : "La Cour Suprême du Canada et le particularisme juridique du Québec", Thèse, Faculté de droit de Poitiers, 1973, 252 p.
- 19 - BLACK E. R. : "Canadian concepts of federalism", Thèse, Duke University, 1962, 354 p.
- 20 - CAVARZAN J. : "Civil liberties and the supreme court : the image and the institution", Thèse Osgoode Hall Law School, 1965, 110 p.
- 21 - CROIZAT M. : "Le fédéralisme canadien et l'autonomie du Québec", Thèse, Université de Grenoble, 1964, 460 p.
- 22 - COWELL D. A. : "Devising an amendment formula for Canada : the development of the Fulton-Favreau formula", Thèse, Georgetown University, 1968, 326 p.
- 23 - PRICE M. E. : "Le nationalisme du Québec face au fédéralisme canadien", Thèse, Université de Grenoble, 1972, 758 p.
- 23 a - PILKINGTON W. : "A critique of the canadian constitution", Thèse, University of Alberta, 1942, 163 p.
- 24 - SIMEON R. E. B. : "Federalism and policy-making : federal-provincial negociation in Canada", Thèse, Yale University, 1969, 458 p.
- 25 - TOURTEAU J. B. : "Régionalisme et fédéralisme au Canada : l'exemple des provinces maritimes", Thèse, Paris II, 1973, 365 p.
- 26 - BIRD E. A. : "Certains aspects historiques et institutionnels du fédéralisme canadien", Mémoire, Centre universitaire des Hautes Etudes Européennes de Strasbourg, 1963, 127 p.
- 27 - DUFOUR A. : "L'équilibre politique dans le fédéralisme canadien depuis la 2ème guerre mondiale", Mémoire de Science politique, Paris, 1963, 63 p.

III - OUVRAGES GENERAUX

- 28 - BOWIE & FRIEDRICH C.J. : "Etudes sur le fédéralisme", Paris, L.G.D.J., 1960, Tome 1, 699 p.
- 29 - DURAND C. : "Confédération d'Etats et Etat fédéral", Paris, M. Rivière, 1955, 180 p.
- 30 - DUVERGER M. : "Institutions politiques et droit constitutionnel", Paris, P.U.F., 1966, 415 p.
- 31 - LE FUR L. : "Etat fédéral et confédération d'Etats", Paris, 1896, 839 p.
- 32 - MOUSKHELISHVILI M. : "Théorie juridique de l'Etat fédéral", Paris, Pedone, 1931, 302 p.

IV - OUVRAGES SPECIALISES

- 33 - AIYAR S.P. : "Federalism and social change. A study in quasi-federalism", Asia Publishing House, London, 1961, 192p.
- 34 - ANGERS F.A. : "Essai sur la centralisation. Analyse de principe politique et économique dans les perspectives canadiennes", Editions Beauchemin, Montréal, 1960, 331 p.
- 35 - ARES R. : "Dossier sur le pacte fédératif de 1867. La Confédération : pacte ou loi ?", Editions Bellamin, Montréal, 1967, 264 p.
- 36 - BAUDOUIN L. : "Les aspects généraux du droit privé dans la province de Québec", Librairie Dalloz, Paris, 1967, 1021 p.
- 37 - BONENFANT J.C. : "Les institutions politiques canadiennes", Les Presses Universitaires de Laval, 1954, 204 p.
- 38 - BOURINOT G. : "Canadian studies in comparative politics", Montréal, 1890, 92 p.
- 39 - BRADY A. : "Democracy in the Dominions : a comparative study in institutions", University of Toronto Press, 1958 3 ed., 614 p.
- 40 - BROSSARD J. : "La Cour Suprême et la constitution - le forum constitutionnel du Canada", Les Presses de l'Université de Montréal, 1968, 431 p.
- 41 - BROSSARD J. : "Le territoire québécois", Les Presses de l'Université de Montréal, 1970, 412 p.

- 42 - CHEFFINS R.I. : "The constitutional process in Canada", McGraw Hill, Toronto, 1969, 148 p.
- 43 - CHEFFINS R.I. & TUCKER R.N. : "The constitutional process in Canada", McGraw Hill, Toronto, 1976 2ed, 148 p.
- 43 a - CLEMENT W.H.P. : "The law of the canadian constitutions", Toronto, Carswell compagny, 1916, 3 ed., 1099 p.
- 44 - CLOKIE H. McD. : "Canadian government and politics", University of Toronto Press, Toronto, 1944, 351 p.
- 45 - CORRY J.A. & HODGETTS J.E. : "Democratic government and politics", University of Toronto Press, Toronto, 1968 3 ed., 691 p.
- 46 - CREPEAU P.A. & MACPHERSON C.B. : "L'avenir du fédéralisme canadien", Toronto, University of Toronto Press, 1965, 188 p.
- 47 - DAWSON R. McG. : "The government of Canada", University of Toronto Press, Toronto, 1966 4 ed., 610 p. ; 1970 5 ed., 569 p.
- 48 - DAWSON R. McG. : "Democratic government in Canada", University of Toronto Press, Toronto, 1957, 188 p. ; 1971, 4 ed., 185 p.
- 49 - DEVOIR (Le) : "Le Québec dans le Canada de demain", Editions du Jour, Montréal, 1967, 191 p., Tome I : "Avenir constitutionnel et statut particulier".
- 50 - DEVOIR (Le) : "Le Québec qui se fait", Editions Hurtubise, Montréal, 1971, 180 p.
- 51 - DICEY A. V. : "Introduction to the study of the law of the constitution", London, 1960, 10 ed., 535 p.
- 52 - EARLE V. : "Federalism. Infinite variety in theory and practice", Peacock Publishers, 1968, 241 p.
- 53 - FARIBAULT M. : "Vers une nouvelle constitution", Editions Fides, Montréal, 1967, 249 p.
- 54 - FARIBAULT M. : "La révision constitutionnelle", Editions Fides, Montréal, 1970, 224 p.
- 55 - FARIBAULT M. & FOWLER R.M. : "Dix pour un ou le pari confédératif", Les Presses de l'Université de Montréal, 1965, 163 p.
- 56 - FAVREAU G. : "Modification de la constitution du Canada", Imprimerie de la Reine, Ottawa, 1965, 134 p.

- 57 - FOX P. : "Canadian government", The Ryerson Press, Toronto, 1964, 101 p.
- 58 - FOX P. : "Politics : Canada, problems in canadian government", McGraw Hill, Toronto, 1966, 396 p.
- 59 - FRIEDRICH C.J. : "Trends of federalism in theory and practice", Editions F.A. Praeger, New-York, 1968, 193 p.
- 60 - GERIN-LAJOIE P. : "Constitutional amendment in Canada", University of Toronto Press, Toronto, 1950, 176 p.
- 61 - GERIN-LAJOIE P. : "Réflexions sur la constitution canadienne", Montréal, Ed. Bellormin, 1952, 32 p.
- 61 a - GIRAUD M. : "Histoire du Canada", collec. Que sais-je n° 232.
- 62 - HOPKINS E.R. : "Confederation at the crossroads", McClelland and Stewart, Toronto, 1968, 423 p.
- 63 - JENNINGS W.I. : "The law and the constitution", University of London Press, Londres, 1959, 354 p.
- 64 - JOHNSTON R.E. : "The effect of judicial review on federal-state relations in Australia, Canada and the United States", Louisiana state University Press, 1969, 320 p.
- 65 - KENNEDY W.P.M. : "Essays in constitutional law", Oxford University Press, Londres, 1934, 628 p.
- 66 - KUNZ F.A. : "The modern senate of Canada 1925-1963", University of Toronto Press, Toronto, 1965, 395 p.
- 67 - LAJOIE A. : "Le pouvoir déclaratoire du Parlement", Les Presses de l'Université de Montréal, 1969, 160 p.
- 68 - LAWSON W.J. : "La constitution canadienne ; une étude de notre système de gouvernement", Ottawa, Imprimerie de la Reine, 1969, 31 p.
- 69 - LAMONTAGNE M. : "Le fédéralisme canadien - évolutions et problèmes", Les Presses de l'Université Laval, Québec, 1954, 299 p.
- 70 - LASKIN B. : "The british tradition in canadian law", London, Stevens & sons, 1969, 138 p.
- 71 - LEDERMAN W.R. : "The courts and the canadian constitution", McClelland and Stewart, Toronto, 1964, 248 p.
- 71 b - LEVESQUE R. : "Option Québec", Montréal, Ed. du Jour, 1967, 198 p.

- 71 a - LEFROY A.H.R. : "Canada's federal system, being a treatise on canadian constitutional law under the British North America Act", Toronto, Carswell, 1913, 898 p.
- 72 - LIVINGSTON W. : "Federalism and constitutional change", Oxford at the Clarendon Press, 1956, 380 p.
- 73 - LOWER A.R.M., SCOTT F.R. et al. : "Evolving canadian federalism", Duke University Press, Durham, 1958, 187 p.
- 74 - MacDONALD J.A. : "Memoirs", ed. révisée par POPE J., Oxford University Press, Toronto, 1930, 816 p.
- 75 - MacDONALD V.C. : "Legislative power and the supreme court in the fifties", University of Toronto Press, Toronto, 1961, 28 p.
- 76 - MacKAY R.A. : "The unreformed senate of Canada", Oxford University Press, Londres, 1926, 284 p.
- 77 - McCLOSKEY R.G. : "La Cour Suprême des Etats-Unis", Paris, 1965, 318 p.
- 78 - McWHINNEY E. : "Constitutionnalism in Germany and the federal constitutional court", Leyden Sythoff, 1962, 71 p.
- 79 - McWHINNEY E. : "Comparative federalism", University of Toronto Press, Toronto, 1962, 103 p.
- 80 - McWHINNEY E. : "Judicial review in the english-speaking world", University of Toronto Press, Toronto, 1965, 244 p.
- 81 - McWHINNEY E. : "Judicial review", University of Toronto Press, Toronto, 1969, 270 p.
- 82 - MALLORY J.R. : "The structure of canadian government", Mac Millan of Canada, Toronto, 1971, 418 p.
- 83 - MEEKISON : "Canadian federalism : myth or reality", Toronto, Mcthuen, 1971, 2 ed., 486 p. ; 1968, 1 ed. 432 p.
- 84 - MORIN C. : "Le combat québécois", Ed. Boréal Express, Montréal, 1973, 192 p.
- 84 a - MUNRO J.E.C. : "The constitution of Canada", Cambridge, University Press, 1889, 356 p.
- 85 - OHEARN P.J.T. : "Peace, order and good government", Toronto, MacMillan, 1964, 325 p.

- 86 - OLLIVIER M. : "L'avenir constitutionnel du Canada", Ed. Levesque, Montréal, 1935, 181 p.
- 87 - OLLIVIER M. : "Problems of canadian sovereignty from the British North America Act, 1867 to the statute of Westminster, 1931", Toronto, 1945, 491 p.
- 88 - PEPIN G. : "Les tribunaux administratifs et la constitution", Les Presses de l'Université de Montréal, 1969, 423 p.
- 89 - PIERSON C.G. : "Canada and the Privy Council", London, 1960, 119 p.
- 90 - POPE J. : "Confederation documents", Toronto, Carswell, 1895, 324 p.
- 91 - PREVOST J.P. : "La crise du fédéralisme canadien", Paris, Presses Universitaires de France, 1972, 96 p.
- 92 - RUSSELL P.H. : "Leading constitutional decisions ; cases on the B. N. A. Act", McClelland and Stewart, Toronto, 1965, 234 p. ; 1973 2e éd., 284 p.
- 93 - ROSS G. : "The senate of Canada ; its constitution, powers and duties historically considered", Toronto, 1914, 124 p.
- 94 - SABOURIN L. : "Le système politique du Canada : institutions fédérales et québécoises", Ed. de l'Université d'Ottawa, Ottawa, 1968, 507 p.
- 95 - SCHMEISER D. : "Civil liberties in Canada", Oxford University Press, London, 1964, 302 p.
- 96 - SCHUBERT F. : "The political role of the courts : judicial policy-making", Scott, Foresman and Compagny, 1965, 212 p.
- 97 - SCHUBERT G. & DANIELSKI D. : "Comparative Judicial Behavior", New-York, Oxford University Press, 1969, 412 p.
- 98 - SCOTT F.R. : "Civil liberties and canadian federalism", University of Toronto Press, Toronto, 1959., 58 p.
- 99 - SIMEON R. : "Federal-provincial diplomacy - the making of recent policy in Canada", University of Toronto Press, Toronto, 1972, 324 p.
- 100 - SIMON J.F. : "In his own image - the supreme court in Richard Nixon's America", New-York, 1973, 310 p.
- 101 - SMILEY D.V. : "Canada in question - federalism in the seventies", McGraw Hill, Toronto, 1972, 109 p.

- 102 - SMITH H.A. : "Federalism in north America : a comparative study of institutions in the United States and Canada", Boston, Chipman, 1923, 328 p.
- 103 - SPIRO H.J. : "Government by constitution : the political systems of democracy", New York, Random House, 1959, 496 p.
- 104 - STANLEY G.F.G. : "A short history of the canadian constitution", Ryerson Press, Toronto, 1969, 230 p.
- 105 - STRAYER B.L. : "Judicial review of legislation in Canada", University of Toronto Press, Toronto, 1968, 275 p.
- 106 - TARNOPOLSKY W.S. : "The canadian Bill of Rights", Mc Clelland and Stewart, 1975, 436 p. ; Toronto Carswell compagny, 1966, 246 p.
- 107 - TASSE (recueil) : 1848-1893, Montréal, 1893, 817 p.
- 108 - TREMBLAY A. : "Les compétences législatives au Canada et les pouvoirs provinciaux en matière de propriété et de droits civils", Editions de l'Unitersté d'Ottawa, Ottawa, 1967, 350 p.
- 109 - TURNER J.N. : "The senate of Canada - Political conundrum", University of Toronto Press, Toronto, 1961, 13 p.
- 110 - TRUDEAU P.E. : "Le fédéralisme et la société canadienne française" Editions H.M.H., Montréal, 1967, 227 p.
- 111 - VARCOE F.P. : "The constitution of Canada", Carswell compagny lim., Toronto, 1963, 314 p.
- 112 - VAUGHAN F. & KYBER P. & DWIVEDI O.P. : "Contemporary issues in Canadian politics", University of Guelph Scarborough, 1970, 286 p.
- 113 - VEILLEUX G. : "Les relations intergouvernementales au Canada, 1867-1967", Les Presses de l'Université du Québec, 1971, 142 p.
- 114 - VIALLE P. : "La Cour Suprême et la représentation politique aux Etats-Unis - Nouvel essai sur le gouvernement des juges", Paris, L.G.D.J., 1972, 243 p.
- 115 - WAGNER W.J. : "The federal states and their judiciary", Mouton & Co., La Haye, 1959, 390 p.
- 116 - WAITE P.B. : "The confederation debates", Toronto, Mc Clelland and Stewart, 1963, 156 p.
- 117 - WEILER P.C. : "In the last resort : a critical study of the supreme court of Canada", Toronto, Carswell Methuen, 1974, 246 p.

- 118 - WHEARE K.D. : "Federal government", Oxford University Press, London, 1953, " ed. , 278 p.

V - ARTICLES DE REVUES

- 119 - ABEL A.S. : "The Bill of Rights in the United States : what has it accomplished ?", Revue du Barreau Canadien, 1959, vol. 37, 147-188.
- 120 - ABEL A.S. : "The Anti-Inflation judgment : right answer to the wrong question", University of Toronto Law Journal, 1976, vol. 26, 409-450.
- 121 - ADAMS G. & CAVALLUZZO P.J. : "The supreme court of Canada. A biographical study", Osgoode Hall Law Journal, 1969-1970, vol. 7, 61-86.
- 122 - ALBINSKI H.S. - "The canadian senate : politics and the constitution", American Political Science Review, 1963, vol. 57, 378-391.
- 123 - ALHERITIERE D. : "De la prépondérance fédérale en droit constitutionnel canadien", Cahiers de droit, 1971, vol. 12, 547-609.
- 124 - ANGUS W.H. : "On appointing judges", Chitty's Law Journal, 1967, vol. 15, 45-47.
- 125 - ARES R. : "La constitution", in "Le système politique du Canada" (L. Sabourin) 1968, 35-51.
- 126 - AUBURN F.M. : "Commentaire sur l'arrêt Drybones", Law Quarterly Review, 1970, vol. 86, 306-309.
- 127 - AZARD P. : "La Cour Suprême et l'application du droit civil de la province de Québec", Revue du Barreau Canadien, 1965, vol. 43, 553-560.
- 128 - BALLEM J.B. : "A note on the approach of Supreme court of Canada to the B.N.A. Act", Revue du Barreau Canadien, 1951, vol. 29, 78-86.
- 128 a - BALLEM J.B. : "Constitutional law - marketing legislation - delegation by the Dominion Parliament to a provincial board", Revue du Barreau Canadien, 1952, vol. 30, 1050-1058.
- 128 b - BALLEM J.B. : "Constitutional law - interprovincial trade over provincial highways - delegation by the Dominion Parliament to a provincial board", Revue du Barreau Canadien, 1954, vol. 32, 788-798.
- 129 - BAUDOUIN L. : "L'évolution du droit comparé au Canada", in "Evolution internationale et problèmes actuels du droit comparé", Paris, L.G.D.J. 1971, 325-334.

- 130 - BAUDOUIN J.L. : "L'interprétation du code civil québécois par la Cour Suprême du Canada", Revue du Barreau Canadien, 1975, vol. 53, 715-738.
- 131 - BEATTY D.M. : "Constitutional law - criminal law - provincial offences of careless driving", Osgoode Hall Law Journal, 1967, vol. 5, 60-72.
- 132 - BEAUDOIN G.A. : "Le système judiciaire canadien", Revue du Barreau, 1968, vol. 28, 99-123.
- 133 - BEAUDOIN G.A. : "La révision constitutionnelle et le statut de la Cour Suprême", Revue Générale de droit, 1970, vol. 1, 257-265.
- 134 - BEAUDOIN G.A. : "La Cour Suprême et la constitutionnalité des lois", Travaux des sixièmes journées d'études juridiques Jean Dabin : "Actualité du contrôle juridictionnel des lois", Faculté de Droit de Louvain-Bruxelles, 1973, 187-212.
- 135 - BEAUDOIN G.A. : "La Cour Suprême et la protection des droits fondamentaux", Revue du Barreau Canadien, 1975, vol. 53, 675-715.
- 136 - BEAUDOIN G.A. : "Commerce intra-provincial - commerce interprovincial - mise en marché - contrat conclu à l'extérieur d'une province - circulation des biens et des produits", Revue générale de Droit, 1975, vol. 6, 187-189.
- 137 - BEAUDOIN G.A. : "La Cour Suprême et le partage des compétences législatives", Alberta Law Review, 1976, vol. 14, 50-55.
- 138 - BEAUDOIN G.A. : "Du maintien des appels à la Cour Suprême du Canada en matière de droit civil", Alberta Law Review, 1976, vol. 14, 144-149.
- 139 - BEAUDOIN G.A. : "Le fédéralisme face à la société post-industrielle : au Canada", Travaux du douzième colloque international de droit comparé, Ottawa 1974, Editions de l'Université d'Ottawa, 1976, 52-66.
- 140 - BEAULIEU M.L. : "Québec et la formation d'un droit canadien", Revue Internationale de Droit Comparé, 1961, 300-306.
- 141 - BEETZ J. : "Le contrôle juridictionnel du pouvoir législatif et les droits de l'homme dans la constitution du Canada", Revue du Barreau, 1958, vol. 18, 361-371.
- 142 - BEETZ J. : "Les attitudes changeantes du Québec à l'endroit de la constitution de 1867" in "L'avenir du fédéralisme canadien" (Crepeau P.S. & Macpherson C.B.) 1965, 113-139.

- 143 - BENTLEY P.M. : "Constitutional - division of powers - interest - regulation of contracts", Alberta Law Review, 1962-1964, vol. 23 312-317.
- 144 - BISHOP J. : "Dominion delegation of power to provincial board - status and capacity of provincial marketing board - sub-delegation - cooperation", McGill Law Journal, 1952-1955, vol. 1, 156-161.
- 145 - BLACHE P. : "La doctrine du champ occupé se porte-t-elle mal ?" Revue Juridique Themis, 1967, 39-52.
- 146 - BLACHE P. : "Délégation et fédéralisme canadien", Revue de Droit, 1976, vol. 6, 237-284.
- 147 - BLACK E.R. & CAIRNS A.C. : "A different perspective on canadian federalism", Canadian Public Administration, 1966, vol. 9, 27-44.
- 148 - BLACK E.R. & CAIRNS A.C. : "Le fédéralisme canadien : une nouvelle perspective" in "Le système politique du Canada (L. Sabourin)" 1968, 51-77.
- 149 - BLACK W.W. : "Evidence - burden of proof - reverse own clause - canadian Bill of Rights - presumption of innocence : R.v. Appelby", University of British Columbia Law Review, 1972-1973, vol. 7-8, 107-118.
- 150 - BLOM J. : "The conflict of laws and the constitution - interprovincial cooperatives Ltd. v. The Queen", University of British Columbia Law Review, 1977, vol. 11, 144-157.
- 151 - BOLTON M. & BANNO R. : "Mann v. The Queen : dangerous and careless driving, advertent and inadvertent negligence and the paramountcy doctrine", University of British Columbia Law Review, 1967-1968, vol. 3, 290-299.
- 152 - BONENFANT J.C. : "Genèse et développement de l'idée d'un statut particulier au Québec", in "Le Québec dans le Canada de demain", T.1, 1967, 50-57.
- 153 - BONENFANT J.C. : "Le sénat" in "Le système politique du Canada", (L. Sabourin) 1968, 131-139.
- 154 - BONENFANT J.C. : "La Cour Suprême et le partage des compétences", Alberta Law Review, 1976, vol. 14, 21-34.
- 155 - BOWKER W.F. : "The canadian Bill of Rights - 594 (b) Indian Act - irreconcilable conflict - equality before the law - Regina v. Drybones", Alberta Law Review, 1970, vol. 8, 409-418.

- 156 - BOWLES R.S. : "Our courts and our Parliament view - the canadian Bill of Rights", Manitoba Law School Journal, 1962-1965, 55-58.
- 157 - BRACHET B. : "La crise du fédéralisme canadien et le problème québécois", Revue de Droit Public et de Science Politique, 1972, vol. 88, 303-324.
- 157 a - BRANDT G.J. : "Judicial restraint and emergency power : the anti-inflation Act Reference", University of western Ontario Law Review, 1976, vol. 15, 191-211.
- 158 - BRETT P. : "Reflections on the canadian Bill of Rights", Alberta Law Review, 1968-1969, vol. 7, 294-308.
- 159 - BREWIN F.A. : "Criminal law - sedition - witnesses of Jehovah - civil liberties - consultation among members of appellate court", Revue du Barreau Canadien, 1951, vol. 29, 193-203.
- 160 - BREWIN F.A. : "Constitutional law - closing of store on holy days - criminal law religions and political freedom", Revue du Barreau Canadien, 1956, vol. 34, 81-86.
- 161 - BREWIN F.A. : "Constitutional law - Quebec Padlock Act - Communism and bolchevism, criminal law - a Bill of Rights implicit in the B.N.A. Act", Revue du Barreau Canadien, 1957, vol. 35, 554-558.
- 162 - BREWIN F.A. : "Oil chemical and atomic workers international union v. Imperial oil Ltd. and Attorney-General of British Columbia : the oil workers' case - civil liberties - political contributions from Union dues", Faculty of Law Review - University of Toronto, 1964, vol. 22, 161-167.
- 163 - BREWIN F.A. : "The canadian constitution and a Bill of Rights", Saskatchewan Bar Review, 1966, vol. 31, 251-262.
- 164 - BREWIN F.A. : "Il faut modifier la constitution et reconnaître un statut particulier au Québec", in "Le Québec dans le Canada de demain", T.1, 1967, 94-103.
- 165 - BRIERE J. : "La Cour Suprême du Canada et les droits sous-marins", Cahiers de Droit, 1967-1968, vol. 9, 736-776.
- 166 - BRIGGS E.D. : "Federalism and reform of the senate : a commentary on recent government proposes", in "Canadian federalism : myth or reality" (Meekison), 1971, 204-216.
- 167 - BROSSARD J. : "La Cour Suprême et la constitution" in "Le Québec dans le Canada de demain", Tome 2, 1967, 22-29.
- 168 - BROSSARD J. : "La révolution fédéraliste", Revue Juridique Themis, 1972, 1-23.

- 169 - BROSSARD J. : "Fédéralisme et statut particulier", in *Mélanges L. Baudouin : "Problèmes de Droit contemporain"*, Les Presses de l'Université Laval, 1974, 425-444.
- 170 - BRUN H. : "La décision dans Lavell ou les bonds de la Cour Suprême", Cahiers de Droit, 1973, vol. 14, 541-553.
- 171 - Brun H. : "De Drybones à Lavell à Canard : les joies du tango judiciaire", Revue du Barreau Canadien, 1975, vol. 53, 795-802.
- 172 - BRUN H. : "Le judicial restraint et le fédéralisme canadien", Cahiers de Droit, 1974, vol. 15, 167-171.
- 173 - BRUTON P.W. : "The canadian Bill of Rights : some american observations", McGill Law Journal, 1962, vol. 8, 106-120.
- 174 - BUCKNALL B. : "Regulatory offences - game laws - whether applicable to Indians and Eskimos - section 97 of the Indian Act - Aboriginal rights under treaties and under Proclamation of 1763", Osgoode Hall Law Journal, 1967, vol. 5, 113-123.
- 174 a - BUGLASS R.B. : "In re Anti-inflation Act (1976) C.C.H. new developments 91, 80-044 at 20, 280 - the constitutional validity of wage and price controls", Saskatchewan Law Review, 1977, vol. 41, 341-355.
- 174 b - BUGLASS R.B. : "The use of extrinsic evidence and the Anti-inflation Act reference", Ottawa Law Review, 1977, vol. 9, 169-191.
- 175 - CAIRNS A.C. : "The living canadian constitution", Queen's Quarterly; 1970, vol. 77, 483-498.
- 176 - CAIRNS A.C. : "The judicial Committee and its critics", Canadian Journal of Political Science, 1971, vol. 4, 301-345.
- 177 - CALDER B. : "Stare decisis and the supreme court of Canada", Western Ontario Law Review, 1961, vol. 1, 36-59.
- 178 - CAPARROS E. : "Le travail de la femme d'un "rancher", une décision renversante de la Cour Suprême", Cahiers de Droit, 1974, vol. 15, 189-201.
- 179 - CAPELOVITCH L. : "Chaput v. Romain et al. - constitutional law - civil responsibility - freedom of religion - police conduct - quantum of damages - moral damages - punitive damages" McGill Law Journal, 1956, vol. 2, 128-140.
- 180 - CAPLAN N. : "Legal issues of the offshore mineral rights dispute in Canada", McGill Law Journal, 1968, vol. 14, 475-493.
- 181 - CAPLAN N. : "Some factors affecting the resolution of a federal-provincial conflict", Canadian Journal of Political Science, 1969, vol. 2, 173-186.

- 182 - CAPLAN N. : "Offshore mineral rights : anatomy of a federal-provincial conflict", Revue d'Etudes Canadiennes, 1970, 50-61.
- 183 - CAVALLUZZO P.J. : "Judicial review and the Bill of Rights : Drybones and its aftermath", Osgoode Hall Law Journal, 1971, vol. 9, 510-551.
- 184 - CAVARZAN J. : "The jurisdiction of the supreme court of Canada : its development and effect on the role of the court", Osgoode Hall Law Journal, 1964-1965, vol. 3, 425-449.
- 185 - CHAMBERS N. : "Civil liberties after the Saumur case", School of Law Review - University of Toronto, 1954-1955, vol. 12-13, 12-21.
- 186 - CHEFFINS R.I. : "The supreme court of Canada : the quiet court in an inquiet country", Osgoode Hall Law Journal, 1966, vol. 4, 259-275.
- 187 - CHEVRETTE F. & MARX H. : "Chronique : Libertés Publiques", Revue du Barreau, 1972, vol. 32, 446-449.
- 188 - CHEVRETTE F. & MARX H. : "Chronique : Libertés Publiques", Revue du Barreau, 1972, vol. 32, 64-66.
- 189 - CHEVRETTE F. & MARX H. : "Anti-inflation Act - constitutionality - national emergency - Peace, order and good government buried", Revue du Barreau Canadien, 1976, vol. 54, 732-744.
- 190 - CLOKIE H. McD. : "Basic problems of the canadian constitution", Revue du Barreau Canadien, 1942, vol. 20, 395-429 et 817-840.
- 191 - CLOKIE H. McD. : "Judicial review, federalism and the canadian constitution", Canadian Journal of Economics and Political Science, 1942, vol. 8, 537-556.
- 192 - CLOKIE H. McD. : "Basic problems of the canadian constitution", Canadian Journal of Economics and Political Science, 1942, vol. 8, 1-32.
- 193 - COHEN M. : "The judicial process and national policy : a problem for canadian federalism", McGill Law Journal, 1970, vol. 16, 297-311.
- 194 - COHEN S.A. : "Attorney General of Canada v. Lavell ; Isaac et al. vs. Bedard (1973) 23 CRNS 197", Manitoba Bar news, 1970-1974, vol. 38-39, 197-202.
- 195 - COLANGELO J. : "Notes - labour law : Harrison v. Carswell", Faculty of Law Review - University of Toronto, 1976, vol. 34, 236-243.

- 196 - COOPER G. : "Constitutional law - the Padlock Act - intra vires provincial legislation - property and civil rights - the criminal power - impact of Canada elections Act - civil liberties", McGill Law Journal , 1952-1956, vol. 1-2, 281-288.
- 197 - CORRY J.A. : "Constitutional trends and Federalism" in "Evolving canadian federalism" (A.R. Lower & F.R. Scott & al.) 1958, 92-125.
- 198 - COVAL S.C. & SMITH J.C. : "The supreme court and a new jurisprudence for Canada", Revue du Barreau Canadien, 1975, vol. 53, 819-831.
- 198 a - CREPEAU J.P. : "Le droit de la province de Québec", Revue du Barreau, 1964, vol. 24, 546-552.
- 199 - CRONKITE F.C. : "Thoughts of the constitution of the second century", Saskatchewan Law Review, 1967, vol. 32, 236-242.
- 200 - DANSEREAU L. : "La déclaration canadienne des droits", Revue Juridique Thémis, 1961, 57-69.
- 201 - DESCHENES J. : "Le rôle législatif du pouvoir judiciaire", Revue de Droit , 1974, vol. 5, 1-25.
- 202 - DION G. : "La réforme de la Cour Suprême telle qu'envisagée à la conférence constitutionnelle", Revue du Barreau, 1970, vol. 30, 234-241.
- 203 - DOERING R.L. : "Murdoch v. Murdoch and the law of constructive trusts", Ottawa Law Review, 1973-1974, vol. 6, 581-591.
- 204 - DONNELLY B. : "Criminal law - "full answer and defense" - civil rights - Right to counsel", Osgoode Hall Law Journal, 1967, vol. 5, 54-59.
- 205 - DRIEDGER E.A. : "The canadian Bill of Rights and the Lavell case : a possible solution", Ottawa Law Review, 1974, vol. 6, 620-621.
- 206 - DUBE G. : "La réglementation du trafic et du commerce au Canada", Cahiers de droit, 1964, vol. 6, 55-63.
- 207 - DUBUC A. : "The decline of Confederation and the new nationalism" in "Nationalism in Canada", McGraw Hill - Toronto - 1966, 112-133.
- 208 - DUPONT J. : "Le pouvoir de dépenser du gouvernement fédéral : "a dead issue" ", Cahiers de droit, 1967, vol. 8; 69-102.

- 209 - DURAND C. : "L'Etat fédéral en droit positif", in "Le Fédéralisme", Presses Universitaires de France, Paris, 1956.
- 210 - EATON W. : "Canadian judicial review and the federal distribution of power", American Journal of Comparative Law, 1958, vol. 7, 47-70.
- 211 - EDITORIAL : "Whither the supreme court of Canada ?", Chitty's Law Journal, 1973, vol. 21, 356-357.
- 212 - ELLIOTT D.W. : "Canard : a triad returns", University of Toronto Law Journal, 1975, vol. 25, 317-332.
- 213 - ENTICKNAP S.L. : "Civil rights - right to counsel - canadian Bill of Rights, S 2 (c) (ii) - charge of refusing to supply breath sample", Saskatchewan Law Review, 1971-1973, vol. 36-37, 300-312.
- 214 - EWART J.S. : "The canadian constitution", Columbia Law Review, 1908, vol. 8, 27-36.
- 215 - FAIRWEATHER M. : "The attitude of the supreme court of Canada toward delegation : Coughlin v. Ontario's Highway Transport Board", University of British Columbia Law Review, 1970, vol. 5, 43-55.
- 216 - FARIPAULT M. : "Le fédéralisme", in "Travaux et communications", Académie des Sciences Morales et Politiques, Montréal, 1973, 153-168.
- 217 - FLETCHER M. : "Judicial review and the division of powers in Canada", in "Canadian federalism : myth or reality" (J. Meekinson) 1971, 166-186.
- 218 - FOUTS D.E. : "Policy-making in the supreme court of Canada 1950-1960", in "Comparative Judicial Behavior" (G. Schubert & D. Danelski), 1969, 257-291.
- 219 - FOWLER D. : "The canadian Bill of Rights : a compromise between Parliamentary and Judicial supremacy", American Journal of Comparative Law, 1973, vol. 21, 712-746.
- 220 - FREEDMAN S. : "Continuity and change - a task of reconciliation", University of British Columbia Law Review, 1973, vol. 8, 210-218.
- 221 - FREUND P.A. : "A supreme court in a Federation : some lessons from legal history", Columbia Law Review, 1953, vol. 53, 597-619.
- 222 - FRIEDMANN W. : "Judges, politics and the law", Revue du Barreau Canadien, 1951, vol. 29, 811-837.

- 223 - FRIEDMANN W. : "Stare decisis at common law and under the civil Code of Quebec", Revue du Barreau Canadien, 1953, vol. 31, 723-751.
- 224 - GALLANT E. : "The machinery of federal-provincial relations", in "Canadian federalism : myth or reality" (J. Meekison" 1971, 254-265.
- 225 - GARANT P. : "La liberté religieuse et le droit positif québécois", Revue du Barreau, 1967, vol. 27, 357-380.
- 226 - GERIN-LAJOIE : "Du pouvoir d'amendement constitutionnel au Canada", Revue du Barreau Canadien, 1951, vol. 29, 1136-1179.
- 227 - GIBSON D. : "Constitutional law - federalizing the judiciary", Revue du Barreau Canadien, 1966, vol. 44, 674-679.
- 228 - GIBSON D. : "And one step backward : the supreme court and constitutional law in the sixties", Revue du Barreau Canadien, 1975, vol. 53, 621-640.
- 229 - GIBSON D. : "Measuring "national dimensions" ", Manitoba Law Journal, 1976, vol. 7; 14-37.
- 230 - GODFREY S.J. : "Freedom of religion and the canadian Bill of Rights", Faculty of Law Review - University of Toronto, 1964, vol. 22, 60-75.
- 231 - GRENIER B. : "Essai sur les applications judiciaires de la déclaration canadienne des droits", Revue Générale de Droit, 1975, vol. 6; 7-91.
- 232 - HALL E.M. : "Law reform and the judiciary's role", Chitty's Law Journal, 1972, vol. 20, 77-85.
- 233 - HALL E.M. : "Freedom under the law", Law Society Gazette, 1975, vol. 9, 102-107.
- 234 - HEAD I.L. : "The legal clamour over canadian off-shore minerals" Alberta Law Review, 1967, vol. 5, 312-327.
- 235 - HEAD I.L. : "The canadian offshore minerals reference - the application of international law to a federal constitution", University of Toronto Law Journal, 1968, vol. 18, 131-157.
- 236 - HERMAN M.J. : "Introduction : the supreme court of Canada 1875-1975", Ottawa Law Review, 1976, vol. 8, 1-6.

- 237 - HERMAN M.J. : "The founding of the supreme court of Canada and the abolition of the appeal to the Privy Council", Ottawa Law Review, 1976, vol. 8, 7-31.
- 238 - HERTZ M.T. : "'Interprovincial', the constitution, and the conflict of laws", University of Toronto Law Journal, 1976, vol. 26, 84-107.
- 239 - HOGG P.W. : "The canadian Bill of Rights - 'equality before the law', A.C. can. v. Lavell", Revue du Barreau Canadien, 1974, vol. 52, 263-280.
- 240 - HOGG P.W. : "Constitutional law - Trade marks Act's unfair competition provisions - criminal law and civil remedy - trade and commerce - treaty - stare decisis", Revue du Barreau Canadien, 1976, vol. 54, 361-371.
- 241 - HUBBARD H.A. : "Constitutional law, international law : ownership of and jurisdiction over offshore mineral rights : in the Reference concerning the ownership of and jurisdiction over offshore mineral rights", Ottawa Law Review, 1967, vol. 1, 212-220.
- 242 - HUBBARD H.A. : "Le processus judiciaire du 'common law' ", Revue du Barreau, 1968, vol. 28, 1-35.
- 243 - HUDON E.G. : "Statutes - interpretations - extrinsic materials versus legislative history in canadian and american law - Canada's Anti-inflation Act and the supreme court of Canada", Revue du Barreau Canadien, 1977, vol. 55, 370-381.
- 244 - HURLBURT W.H. : "Conflict of laws - choice of law - place of tort", Revue du Barreau Canadien, 1976, vol. 54, 173-178.
- 245 - HYMAN R. : "Laskin J.", Journal de l'association du Barreau Canadien, 1970, vol. 1, 8-9.
- 246 - JACOBSON P. : "Murdoch v. Murdoch : just about what the ordinary rancher's wife does", McGill Law Journal, 1974, vol. 20, 308-324.
- 247 - JENNINGS I. : "Concepts of federalism" in "Concepts of federalism", (G. Hawkins) 1965.
- 248 - JENNINGS W.I. : "Constitutional interpretation - the experience of Canada", Harvard Law Review, 1937, vol. 51, 1-39.
- 249 - JOANES A. : "Stare decisis in the supreme court of Canada", Revue du Barreau Canadien, 1958, vol. 36, 175-200.

- 250 - JOHNSON A.W. : "The dynamics of federalism in Canada", Canadian Journal of Political Science, 1968, vol. 1, 18-39.
- 251 - KAUFMAN F. : "Constitutional law - validity of by-law requiring permission to distribute circulars - freedom of religion - property and civil rights - the use of streets", McGill Law Journal, 1952-1956, vol. 1-2, 223-231.
- 252 - KELLY I.F. : "The Vill of Rights, the Indian Act, and equality before the law : the need for, and the development of, a "reasonableness" test", Queen's Law Journal, 1974, vol. 2, 151-182.
- 253 - KENNEDY W.P.M. : "The nature of canadian federalism", Canadian Historical Review, 1921, vol. 2, 106-125.
- 254 - KENNEDY W.P.M. : "The british North America Act : past and future", Revue du Barreau Canadien, 1937, vol. 15, 393-400.
- 255 - KENNEDY W.P.M. : "The interpretation of the British North America Act", Cambridge Law Journal, 1942-1944, vol. 8, 146-160.
- 256 - KENNEDY G.D. : "The authority of English decisions in Canada", Revue du Barreau Canadien, 1952, vol. 30, 1085-1087.
- 257 - KENNEDY G.D. : "Supreme court of Canada : Canada's final court", Revue du Barreau Canadien, 1955, vol. 33, 630-633.
- 258 - KENNEDY G.D. : "Supreme court of Canada - stare decisis - role of Canada's final court - unsatisfactory nature of reasons for judgment", Revue du Barreau Canadien, 1955, vol. 33, 340-345.
- 259 - KILGOUR D.G. & LOUKIDELIS S.D. : "The work of the supreme court of Canada, 1950-1954", School of Law Review - University of Toronto, 1955, vol. 13, 17-20.
- 260 - KNIGHT W.H. : "A general perspective of canadian constitutional interpretation", University of British Columbia Law Review, 1967-1968, vol. 3, 131-159.
- 261 - KRIEGER D. : "Civil rights : Indian woman denied administration of Husband's estate as the result of ministerial discretion exercised under Indian Act (can))) 42-43 and Indian estates regulations)) 4 & 11 : whether provisions inoperative under canadian Bill of Rights as discrimination by reason of race and denial of equality before the law : Attorney General of Canada and Rees v. Canard (1976) 1 S.C.R. 170, 52 D.L.R. (3d) 548 (1975)", Ottawa Law Review, 1976, vol. 8, 662-673.
- LABRIE F.E. : "Canadian constitutional interpretation and legislative review" University of Toronto Law Journal, 1949-1950, vol. 8, 298-351.

- 263 - LACASSE J.P. : "Fédéralisme et ressources marines", Revue Générale de Droit, 1975, vol. 6, 475-477.
- 264 - LACOMBE B. : "Action en dommages-intérêts pour arrestation, détentions arbitraires et dénonciation calomnieuse, art. 1053 C.C. défense de prescription : loi des privilèges des juges de paix et des magistrats, S.R.Q. 1941, C.18, arts. 5, 7, loi de la Sureté provinciale et de la police des Liqueurs, S.R.Q. 1941, c. 47, art. 24, 36", McGill Law Journal, 1959-1960, vol. 6, 53-62.
- 265 - LAIRD D.H. : "The doctrine of stare decisis", Revue du Barreau Canadien, 1935, vol. 13, 1-21.
- 266 - LALANDE L. : "Audition des appels du Québec à la Cour Suprême", Revue du Barreau Canadien, 1955, vol. 33, 1104-1105.
- 267 - LAPOINTE A. : "La jurisprudence constitutionnelle et le temps", Revue Juridique Themis, 1956, 23-41.
- 268 - LASKIN B. : "Peace, order and good government re-examined", Revue du Barreau Canadien, 1947, vol. 25, 1054-1087.
- 269 - LASKIN B. : "The supreme court of Canada : a final court of and for Canadians", Revue du Barreau Canadien, 1951, vol. 29, 1038-1976.
- 270 - LASKIN B. : "Our civil liberties - the role of the supreme court", Queen's Quarterly, 1955, vol. 61, 455-471.
- 271 - LASKIN B. : "Tests for the validity of legislation : what's the 'matter' ?", University of Toronto Law Journal, 1955-1956, vol. 11, 114-127.
- 272 - LASKIN B. : "Constitutional law - provincial legislation implementing reciprocal enforcement arrangement with foreign state - the treaty power and delegation - federal intervention in litigation", Revue du Barreau Canadien, 1956, vol. 34, 215-224.
- 273 - LASKIN B. : "An inquiry into the Diefenbaker Bill of Rights", Revue du Barreau Canadien, 1959, vol. 37, 77-134.
- 274 - LASKIN B. : "Canada's Bill of Rights : a dilemma for the courts ?", International and Comparative Law Quarterly, 1962, vol. 11, 2-18.
- 275 - LASKIN B. : "Amendment of the constitution", University of Toronto Law Journal, 1963, vol. 15, 190-194.
- 276 - LASKIN B. : "Freedom of religion and the Lord's Day Act - the Canadian Bill of Rights and the Sunday Bowling case", Revue du Barreau Canadien, 1964, vol. 42, 147-156.

- 277 - LASKIN B. : "Amendment of the constitution : applying the Fulton-Favreau formula", McGill Law Journal, 1965, vol. 11, 2-18.
- 278 - LASKIN B. : "Reflections on the canadian constitution after the first century", Revue du Barreau Canadien, 1967, vol. 45, 395-401.
- 279 - LADKIN B. : "The constitutional systems of Canada and the United States ; some comparaisons", Buffalo Law Review, 1967, vol. 16, 591-601.
- 280 - LASKIN B. : "The institutional character of the judge", Israel Law Review, 1972, vol. 7, 329-347.
- 281 - LASKIN B. : "The judge and due process", Manitoba Law Journal, 1972, vol. 5, 235-238.
- 282 - LASKIN B. : "The function of the law", Alberta Law Review, 1973, vol. 11, 118-122.
- 283 - LASKIN B. : "The supreme court of Canada", Law Society Gazette, 1974, vol. 8, 248-255.
- 284 - LASKIN B. : "The supreme court of Canada : the first one hundred years - a capsule institutional history", Revue du Barreau Canadien, 1975, vol. 53, 459-468.
- 285 - LASKIN B. : "The role and functions of tinal appellate courts : the supreme court of Canada", Revue du Barreau Canadien, 1975, vol. 53, 469-482.
- 286 - LASKIN B. : "A judge and his constuencies", Manitoba Law Journal, 1976, vol. 7, 1-14.
- 287 - L'ECUYER G. : "Les dimensions nationales" et la gestion de l'eau", Cahiers de Droit, 1972, vol. 13, 232-255.
- 288 - LE DAIN G.E. : "Administrative law - decertification order of Quebec labour relations board judicial control- prohibition - declaration of nullity - direct action", Revue du Barreau Canadien, 1953, vol. 31, 821-830.
- 289 - LE DAIN G.E. : "Concerning the proposal constitutional and civil law specialization at the supreme court level", Revue Juridique Thémis, 1967, 107-125.
- 290 - LE DAIN G.E. : "Reflections on the canadian constitution after the first century", Revue du Barreau Canadien, 1967, vol. 45, 402-408.

- 291 - LEDERMAN W.R. : "The authority of english decisions in Canada"
Revue du Barreau Canadien, 1952, vol. 30, 1083-1085.
- 292 - LEDERMAN W.R. : "The independence of the judiciary", Revue du Barreau Canadien, 1956, vol. 34, 769-809 & 1139-1179.
- 293 - LEDERMAN W.R. : "The nature and problems of a Bill of Rights",
Revue du Barreau Canadien, 1959, vol. 37, 4-15.
- 294 - LEDERMAN W.R. : "A comparaison of principals elements of the legal systems and constitutions of Can ada and the United States",
American Journal of Comparative Law, 1962, vol. 11, 286-292.
- 295 - LEDERMAN W.R. : "The concurrent operation of federal and provin-
cial laws in Canada", McGill Law Journal, 1963, vol. 9, 185-199.
- 296 - LEDERMAN W.R. : "The balanced interpretation of the federal distri-
bution of legislative powers in Canada", in "L'avenir du fédéra-
lisme canadien" (Crepeau P.S. & MacPherson C.B.) 1965, 91-113.
- 297 - LEDERMAN W.R. : "Some forms and limitations of co-operative fede-
ralism", Revue du Barreau Canadien, 1967, vol. 45, 409-436.
- 298 - LEDERMAN W.R. : "The role of the courts in the evolution of a fede-
ral constitution", in "Projection vers l'avenir", Congrès national
des étudiants en droit canadiens, Dalhousie Law School, Halifax,
1967, 35-40.
- 299 - LEDERMAN W.R. : "Thoughts on reform of the supreme court of
Canada", Alberta Law Review, 1970, vol. 8, 1-17.
- 300 - LEDERMAN W.R. : "Cooperative federalism : con stitutional revision
and parliamentary government in Canada", Queen's Quarterly,
1971, vol. 78, 7-17.
- 301 - LEDERMAN W.R. : "Unity and diversity in canadian federalism :
ideals and methods of moderation", Revue du Barreau Canadien,
1975, vol. 53, 597-620.
- 302 - LEDERMAN W.R. : "Revue des livres : In the last Resort", McGill
Law Journal, 1976, vol. 22, 159-166.
- 303 - LEDERMAN W.R. : "Continuing constitutional dilemmas : the supreme
court and the federal Anti-Inflation Act of 1975", Queen's Quar-
terly, 1977, vol. 84, 90-98.
- 304 - LEGER J.M. : "Le "fédéralisme coopératif" ou le nouveau visage de la
centralisation", in "Canadian federalism : myth or reality"
(Meekison) 1968, 1 ed, 317-320.

- 305 - LEIGH L.H. : "The supreme court and the canadian constitution", Ottawa Law Review, 1967-1968, vol. 2, 320-336.
- 306 - LEIGH L.H. : "The Indian Act, the supremacy of Parliament, and the equal protection of the laws", McGill Law Journal, 1970, vol. 16, 389-398,
- 307 - LIVINGSTON W.S. : "Abolition of appeals from canadian courts to the Privy Council", Harward Law Review, 1950-1951, vol. 64, 104-112.
- 308 - LIVINGSTON W.S. : "A note on the nature of federalism", Political Science Quarterly, 1952, vol. 67, 81-95.
- 309 - LIVINGSTON W.S. : "Canada, Australia and the United States : variations on a theme", in "Federalism - infinite variety in theory and practice", (Earle V.) 1968, 94-141.
- 310 - LOGAN G.R. : "Historical sketch of the supreme court of Canada", Osgoode Hall Law Journal, 1964, vol. 3, 171-173.
- 311 - LOWER A.R.M. : "Theories of canadian federalism - yesterday and today", in "Evolving canadian federalism", (Lower A.R.M., Scott F.R. & al.) 1958, 1-53.
- 312 - LYON J.N. : "Drybones and stare decisis", McGill Law Journal, 1971, vol. 17, 594-597.
- 313 - LYON J.N. : "Reviews : In the last resort", Dalhousie Law Journal, 1975-1976, vol. 2, 222-229.
- 314 - LYON J.N. : "The central fallacy of canadian constitutional law", McGill Law Journal, 1976, vol. 22, 40-70.
- 315 - LYON J.N. : "A progress report on the canadian Bill of Rights", Dalhousie Law Journal, 1976, vol. 3, 39-69.
- 316 - LYON J.N. : "The Anti-Inflation Act reference : two models of canadian federalism", Ottawa Law Review, 1977, vol. 9, 176-182.
- 317 - LYSYK K. : "Constitutional aspects of sunday observance law : Liberman v. the Queen", University of British Columbia Law Review, 1964-1966, vol. 2, 59-70.
- 318 - LYSYK K : "Constitutional law - the interdelegation doctrine : a constitutional paper tiger ?", Revue du Barreau Canadien, 1969, vol. 47, 271-278.
- 319 - LYSYK K : "Annual survey of canadian law - Part I - constitutional law", Ottawa Law Review, 1971-1972, vol. 5, 124-140.

- 320 - MacDONALD V.C. : "Judicial interpretation of the canadian constitution", University of Toronto Law Journal, 1935-1936, vol. 1, 260-285.
- 321 - MacDONALD V.C. : "The canadian constitution seventy years after", Revue du Barreau Canadien, 1937, vol. 15, 401-427.
- 322 - MacDONALD V.C. : "The constitution in a changing world", Revue du Barreau Canadien, 1948, vol. 26, 21-45.
- 323 - MacDONALD V.C. : "The Privy Council and the canadian constitution", Revue du Barreau Canadien, 1951, vol. 29, 1021-1037.
- 324 - MacKENZIE J.A. : "Constitutional law", Ottawa Law Review, 1975, vol. 7, 138-151.
- 325 - MacKENZIE J.A. : "The Anti-Inflation Act and peace, order and good government", Ottawa Law Review, 1977, vol. 9, 169-175.
- 326 - MacKINNON F. : "The establishment of the supreme court of Canada", Canadian Historical Review, 1946, vol. 27, 258-274.
- 327 - MacGUIGAN M.R. : "Precedent and policy in the supreme court", Revue du Barreau Canadien, 1967, vol. 45, 627-665.
- 328 - McCOURT B.J. : "Civil rights : loss of indian status by Indian woman marrying non Indian under Indian Act (Can),) 12 (1) (b) : whether provision inoperative under Canadian Bill of Rights as discrimination by reason of sex and denial of equality before the law : Re Lavell and Attorney-General, 38 D.L.R. 3d 481", Ottawa Law Review, 1973-1974, vol. 6, 635-640.
- 329 - McDONALD P.N. : "Equality before the law and the Indian Act : in defence of the supreme court", Dalhousie Law Journal, 1977, vol. 3, 726-750.
- 330 - McHALE W.N. : "Morgentaler v. the Queen", Ottawa Law Review, 1976, vol. 8, 59-69.
- 331 - McLAUGHLIN R.N. : "R. v. Smythe - the canadian Bill of Rights - "equality before the law" - the meaning of "discrimination", Revue du Barreau canadien, 1973, vol. 51, 517-523.
- 332 - McLAUGHLIN R.N. : "The Attorney General of Canada v. Lavell and equality before the law", Chitty's Law Journal, 1973, vol. 21, 282-286.
- 333 - McNAIRN C.H. : "Constitutional law - Juvenile Delinquents Act characterized as criminal law legislation", Revue du Barreau Canadien, 1968, vol. 46, 473-482.

- 333a - McRAE K. : "The structure of canadian history", in "The founding of new societies - studies in the history of the United States, Latin America, South Africa, Canada and Australia" (L. Hartz), 1964, 326 p.
- 334 - McWHINNEY E. : "Constitutional law - provincial regulation of commerce - Mr. Justice Rand and the inherent rights of the canadian citizen", Revue du Barreau Canadien, 1952, vol. 30, 832-837.
- 335 - McWHINNEY E. : "The great debate : activism and self restraint and current dilemmas in judicial policy-making", New York University Law Review, 1958, vol. 33, 775-795.
- 336 - McWHINNEY E. : "The supreme court and the Bill of Rights - the lessons of comparative jurisprudence", Revue du Barreau Canadien, 1959, vol. 37, 16-42.
- 337 - McWHINNEY E. : "Federalism - civil law and common law jurisprudence - interpretation of provincial statutes by supreme court of Canada : positivism and natural law - cancellations of liquor licence - false arrest and malicious prosecution by provincial Police officers - delictual responsability under Quebec civil Code", Revue du Barreau Canadien, 1959, vol. 37, 503-514.
- 338 - McWHINNEY E. : "The new canadian Bill of Rights", American Journal of Comparative Law, 1961, vol. 10, 87-99.
- 339 - McWHINNEY E. : "Federalism, constitutionalism and legal change : legal implications of the "Revolution" in Quebec", in "L'avenir du fédéralisme canadien" (Crepeau P.A. & Macpherson C.B.) 1965, 157-168.
- 340 - McWHINNEY E. : "'Bicultural" constitutionalism in Canada - Proposals for reorganisation of the canadian federal system", in "Federal constitution - making for a multi-national world" (Sijthoff A.W.) 1966, 88-98.
- 341 - McWHINNEY E. : "Social revolution and constitutional revolution in Canada : some reflections on the philosophy of legal change", McGill Law Journal, 1966-1967, vol. 12, 479-484.
- 342 - McWHINNEY E. : "Federal supreme courts and constitutional review", Revue du Barreau Canadien, 1967, vol. 45, 578-607.
- 343 - McWHINNEY E. : "The new, pluralistic federalism in Canada", Revue Juridique Themis, 1967, 139-149.
- 344 - McWHINNEY E. : "Pluralistic federalism in Canada", in "Le fédéralisme et le développement des ordres juridiques", Travaux du Colloque de Moscou, 1970, Edité par l'Association Internationale des Sciences Juridiques, Bruxelles, 1971, 25-56.

- 345 - McWHINNEY E. : "Nationalism and self-determination and contemporary canadian federalism", in Mélanges publiés : Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch, Paris, L.G.D.J., 1972, Tome 3, 219-240.
- 346 - MALLORY J.R. : "The courts and the sovereignty of the canadian Parliament", Canadian Journal of Economics and Political Science 1944, vol. 10, 165-178.
- 347 - MALLORY J.R. : "Delegated legislation in Canada : recent changes in machinery", Canadian Journal of Economics and Political Science 1953, vol. 19, 462-471.
- 348 - MALLORY J.R. : "The five faces of federalism" in "L'avenir du fédéralisme canadien" (Crepeau P.A. & Macpherson C.B.) 1965, 3-15.
- 349 - MALLORY J.R. : "The B.N.A. Act : constitutional adaptation and social change", Revue Juridique Themis, 1967, 127-139.
- 350 - MALLORY J.R. : "Le système constitutionnel canadien", in Corpus constitutionnel - Recueil universel des constitutions en vigueur, 1974, Leiden E.J. Brill, tome 2, fascicule 1, 101-122.
- 351 - MALONEY A.E.M. : "The Bill of Rights and the courts", Chitty's Law Journal, 1966, vol. 14, 296-299.
- 352 - MALONEY A.E.M. : "The supreme court and civil liberties", Criminal Law Quarterly, 1975-1976, vol. 18, 202-217.
- 353 - MANDEL M. : "The presumption of innocence and the canadian Bill of Rights : regina v. Appelby", Osgoode Hall Law Journal, 1972, vol. 10, 450-486.
- 354 - MANKIEWICZ R.H. : "L'interprétation judiciaire de la constitution canadienne et l'autonomie des provinces dans le domaine du droit social", Revue Internationale de Droit Comparé, 1959, vol. 11, 535-563.
- 355 - MARTENS E.A. : "Constitutional law - validity of Mental hospitals Act (Out.) S. 38", Faculty of Law Review - University of Toronto, vol. 23, 137-143.
- 356 - MARX H. : "La déclaration canadienne des droits et l'affaire Drybones : perspectives nouvelles ?", Revue Juridique Themis, 1970, 305-322.
- 357 - MARX H. & CHEVRETTE F. : "Chronique : "Libertés publiques", Revue du Barreau, 1973, vol. 33, 557-558.

- 358 - MATAS D. : "Indian women's rights", Manitoba Law Journal, 1974-1975, vol. 6, 195-209.
- 359 - MAXWELL J.A. : "Aspects of canadian federalism", Dalhousie Review 1936-1937, vol. 16, 275-284.
- 360 - MAYRAND A. : "Le droit comparé et la pensée juridique canadienne", Revue du Barreau, 1957, vol. 17, 1-4.
- 361 - MESTRAL (De) A.L.C. : "Michael Sikyea v. Her Majesty the Queen", McGill Law Journal, 1965, vol. 11, 168-173.
- 362 - M'GONIGLE R.M. : "The Bill of Rights and the indian Act : either ? or ?", Alberta Law Review, 1977, vol. 15, 292-312.
- 363 - MIK J.W. : "Income tax - investigation - inquiry by person authorized by minister into the affairs of Tax payer - whether Tax payer entitled to be present and represented by counsel at hearings", Osgoode Hall Law Journal, 1965-1966, vol. 4, 336-350.
- 364 - MIK J.W. : "Constitutional law - zoning by - law prohibiting signs on private property - applicability to federal elections signs", Osgoode Hall Law Journal, 1965-1966, vol. 4, 299-310.
- 365 - MILLER A.S. & HOWELL R.F. : "The myth of neutrality in constitutional adjudication", University of Chicago Law Review, 1959-1960, vol. 27, 661-695.
- 366 - MITCHELL C.M. : "The role of courts in public policy-making : a personal view", Faculty of Law Review - University of Toronto, 1975, vol. 33, 1-17.
- 367 - MONTGOMERY G. : "Constitutional law - B.N.A. Act S.91 - federal power re aeronautics", Faculty of Law Review - University of Toronto, 1951-1953, vol. 9-11, 41-45.
- 368 - MONTGOMERY G. : "Three recent decisions of the supreme court on the control of administrative bodies by the courts", McGill Law Journal, 1967, vol. 13, 200-212.
- 369 - MORIN C. : "La révision constitutionnelle : 1965-1970 : bilan provisoire", in "Le Québec qui se fait", 1971, 69-77.
- 370 - MORIN J.Y. : "Une Charte des droits de l'homme pour le Québec", McGill Law Journal, 1963, vol. 9, 273-316.
- 371 - MORIN J.Y. : "The need for a new canadian federation", Canadian forum, 1964, vol. 44, 64-66.

- 372 - MORIN J. Y. : "Un nouveau rôle pour un sénat moribond", Cité Libre, 1964, vol. 68, 3-7.
- 373 - MORIN J. Y. : "A constitutional court for Canada", Revue du Barreau Canadien, 1965, vol. 43, 545-552.
- 374 - MORIN J. Y. : "Vers un nouvel équilibre constitutionnel au Canada" in "L'avenir du fédéralisme canadien", (Crepeau P.A. & Macpherson C.B.) 1965, 141-156.
- 375 - MORIN J. Y. : "Le Québec et l'arbitrage constitutionnel : de Charybde en Scylla", Revue du Barreau Canadien, 1967, vol. 45, 608-626.
- 376 - MORIN J. Y. : "Le fédéralisme canadien après cent ans", Revue Juridique Themis, 1967, 13-30.
- 377 - MORIN J. Y. : "La voie du statut particulier - l'idée du statut particulier hier et aujourd'hui", in "Le Québec dans le Canada de demain", Tome 1, 1967, 39-49.
- 378 - OUELLETTE Y. : "Les frères ennemis : la théorie de la qualification face à la législation déguisée - une introduction à la jurisprudence politique", Revue Juridique Themis, 1967, 53-74.
- 379 - OUELLETTE Y. : "La Cour Suprême du Canada en tant qu'institution politique" in "Projection vers l'avenir", Congrès national des étudiants en droit canadien, Dalhousie Law School, Halifax, 1967, 41-47.
- 380 - OUELLETTE Y. : "La stérilisation politique des juges", Revue Juridique Themis, 1968, 167-173.
- 381 - PATENAUDE P. : "Le Québec et la Cour Suprême", Alberta Law Review, 1976, vol. 14, 138-144.
- 382 - PAULEY R.A. : "Some aspects of the canadian Bill of Rights : an american view", Osgoode Hall Law Journal, 1965-1966, vol. 4, 36-53.
- 383 - PEARSON L.B. : "Federalism for the future" in "Canadian federalism : myth or reality" (Meekison) 1971, 156-166.
- 384 - PECK S.R. : "The supreme court of Canada 1958-1966 - a search for policy through scalogram analysis", Revue du Barreau Canadien, 1967, vol. 45, 666-723.
- 385 - PECK S.R. : "A behavioural approach to the judicial process : scalogram analysis", Osgoode Hall Law Journal, 1967, vol. 5, 666-725.

- 386 - PECK S.R. : "A scalogram analysis of the supreme court of Canada (1958-1967)" in "Comparative Judicial Behavior", (Schubert G. & Danelski D.), 1969, 293-334.
- 387 - PELLETIER C. : "Les jeux de la Cour", Revue Juridique Themis, 1971, 157-179.
- 388 - PEPIN J.L. : "Cooperative federalism", Canadian forum, 1964-1965, vol. 44, 206-210.
- 389 - PEPIN J.L. : "Cooperative federalism" in "Canadian federalism : myth or reality" (Meekison J.P.) 1971, 309-317.
- 390 - PERRAULT A. : "Droit constitutionnel, Acte de l'Amérique du Nord, article 91, 92, 95", Revue du Barreau, 1949, vol. 9, 305-315.
- 391 - PHILIP C. : "La situation politique et constitutionnelle au Québec après les élections du 29 octobre 1973", Revue de Droit Public et de la Science Politique, 1974, vol. 90, 465-498.
- 392 - PHILLIPS D. : "Indians and inequality : a commentary on A.G. Canada v. Canard", Osgoode Hall Law Journal, 1975, vol. 13, 368-380.
- 393 - PHILLIPS F.A. : "A west indian looks at canadian federalism", McGill Law Journal, 1965, vol. 11, 344-355.
- 394 - PIGEON L.P. : "The Bill and the British North America Act", Revue du Barreau Canadien, 1959, vol. 37, 66-76.
- 395 - PIGEON L.P. : "Le sens de la formule Fulton-Favreau", McGill Law Journal, 1966-1967, vol. 12, 403-419.
- 396 - PIGEON L.P. : "La rédaction et l'interprétation des lois : au Canada, droit civil", Travaux du neuvième colloque international de droit comparé. Editions de l'Université d'Ottawa, 1972, 84-93.
- 397 - PIGEON L.P. : "The supreme court and the division of powers : commentary", Alberta Law Review, 1976, vol. 14, 55-57.
- 398 - POLLOCK E.M. : "Mr Justice Rand : a triumph of principle", Revue du Barreau Canadien, 1975, vol. 53, 519-543.
- 399 - RAE R. : "The constitutional validity of the Anti-Inflation Act", Faculty of Law Review - University of Toronto, 1976, vol. 34, 217-235.
- 400 - RAND I.C. : "The role of an independent judiciary in preserving freedom", University of Toronto Law Journal, 1951, vol. 9, 1-14.

- 401 - RATUSHINY E. : "Defence counsel and the canadian Bill of Rights - comment on Attorney General of Canada v. Lavell, Isaac et al. v. Bedard", Criminal Reports (N.S.) 1973, vol. 23, 265-272.
- 402 - READ H.E. : "The judicial process in common law Canada", Revue du Barreau Canadien, 1959, vol. 37, 265-293.
- 403 - REYNOLDS N.B. : "The concept of objectivity in judicial reasoning", Western Ontario Law Review, 1975, vol. 14, 1-30.
- 404 - ROWAT D.C. : "The constitution and the federalism", University of British Columbia Legal Notes, 1950, vol. 1, 74-84.
- 405 - ROWAT D.C. : "Recent developments in Canadian federalism", Canadian Journal of Economics and Political Science, 1952, vol. 18, 1-16.
- 406 - RUBIN G. : "The nature, use and effect of reference cases in canadian constitutional law", McGill Law Journal, 1959-1960, vol. 6, 168-190.
- 407 - RUSSELL P.H. : "The supreme court's interpretation of the constitution since 1949" in "Politics" (Fox P.) 1966, 117-133.
- 408 - RUSSELL P.H. : "The jurisdiction of the supreme court of Canada : present policies and a programme for reform", Osgoode Hall Law Journal, 1968, vol. 6, 1-38.
- 409 - RUSSELL P.H. : "Constitutional reform of the canadian judiciary", Alberta Law Review, 1969, vol. 7, 103-129.
- 410 - RUSSELL P.H. : "A democratic approach to civil liberties", University of Toronto Law Journal, 1969, vol. 19, 109-131.
- 411 - RUSSELL P.H. : "The supreme court since 1949 : contemporary issues", in "Canadian federalism : myth or reality" (Meekison J.P.) 1971, 186-204.
- 412 - RUSSELL P.H. : "The political role of the supreme court of Canada in its first century", Revue du Barreau Canadien, 1975, vol. 53, 576-597.
- 413 - RUSSELL P.H. : "A political scientist's view", Osgoode Hall Law Journal, 1975, vol. 13, 293-301.
- 414 - RYAN C. : "Le contenu possible d'un statut particulier au Québec", in "Le Québec dans le Canada de demain", Tome 1, 1967, 58-75.

- 415 - RYAN C. : "Le fédéralisme face au pluralisme ethnico-culturel : la culture (Québec)", Travaux du douzième colloque international de droit comparé, Ottawa 1974, Editions de l'Université d'Ottawa, 1976, 84-92.
- 416 - SAMSON J.K. : "La déclaration canadienne des droits : une interprétation nouvelle ?", Cahiers de Droit, 1973, vol. 14, 354-364.
- 417 - SAMSON J.K. : "L'égalité devant la loi et la Cour Suprême : égalitarisme ou "rule of law" ", Cahiers de Droit, 1975, vol. 16, 675-688.
- 418 - SANDERS D.E. : "The Indian Act and the Bill of Rights", Ottawa Law Review, 1973-1974, vol. 6, 397-415.
- 419 - SANDERS D.E. : "Indian Act - statut of Indian woman on marriage to person without Indian status", Saskatchewan Law Review, 1973-1975, vol. 38-39, 242-249.
- 420 - SANDERS D.E. : "Indian women : a brief history of their roles and rights", McGill Law Journal, 1975, vol. 21, 656-672.
- 420 a - SCOTT F.R. : "The development of canadian federalism", Papers and Proceedings of the Canadian Political Science Association, vol. 3, 241-246.
- 421 - SCOTT F.R. : "Political nationalism and Confederation", Canadian Journal of Economics and Political Science, 1942, vol. 8, 399-407.
- 422 - SCOTT F.R. : "The special nature of canadian federalism", Canadian Journal of Economics and Political Science, 1947, vol. 13, 13-25.
- 422 a - SCOTT F.R. : "Abolition of Appeals to the Privy Council : a symposium on A. G. Out v. A. G. Can., (1947) A.C. 127", Revue du Barreau Canadien, 1947, vol. 25, 16 p.
- 423 - SCOTT F.R. : "Centralization and decentralization in canadian federalism", Revue du Barreau Canadien, 1951, vol. 29, 1095-1121.
- 424 - SCOTT F.R. : "Une étude du fédéralisme canadien", in "Le fédéralisme : problèmes et méthodes", Bulletin International des Sciences Sociales, 1952, vol. 4, 69-89.
- 425 - SCOTT F.R. : "Expanding concepts of human rights", Canadian Bar Journal, 1960, vol. 3, 199-208.
- 426 - SCOTT F.R. : "Our changing constitution", Délibérations de la Société Royale du Canada, 1961, vol. 55, 83-95.

- 427 - SCOTT F.R. : "Canadian federalism : the legal perspective", Alberta Law Review, 1966-1967, vol. 5, 263-273.
- 428 - SCOTT F.R. : "The supreme court and civil liberties", Alberta Law Review, 1976, vol. 14, 97-134.
- 429 - SCHMEISER D.A. : "Disadvantages of an entrenched canadian Bill of Rights", Saskatchewan Bar Review, 1968, vol. 33, 249-252.
- 430 - SCHMEISER D.A. : "The case entrenchment of a canadian Bill of Rights", Dalhousie Law Journal, 1973-1974, vol. 1, 15-50.
- 431 - SEYFFERT R.W.J. : "A study of the supreme court of Canada as an institution of constitutional law reform", Faculty of Law Review-University of Toronto, 1970, vol. 28, 17-39.
- 432 - SHAFFER H.B. : "The attorney-general for Ontario v. Barfried Enterprises limited", McGill Law Journal, 1965, vol. 11, 268-280.
- 433 - SHULER S.M. : "Realist needles in a positivist haystack : a study of attitudes operative in the decisions of the supreme court justices", Faculty of Law Review - University of Toronto, 1974, vol. 32, 1-32.
- 434 - SHUMLATCHER M.C. : "The canadian Bill of Rights : its first year of testing", Canadian Bar Association, 1961, 107-128.
- 435 - SILVERMAN H.W. : "Dry bones : are they alive ?", Criminal Reports, 1970, vol. 10, 356-363.
- 436 - SILVERMAN H.W. : "Reform of judicial selection and appointment", Chitty's Law Journal, 1976, vol. 24, 179-180.
- 437 - SINCLAIR J.G. : "The Queen v. Drybones : the supreme court of Canada and the canadian Bill of Rights", Osgoode Hall Law Journal, 1970, vol. 8, 599-619.
- 438 - SMILEY D.V. : "The Rowell-Sirois report, provincial autonomy and post-war canadian federalism", Canadian Journal of Economic and Political Science, 1962, vol. 28, 54-69.
- 439 - SMILEY D.V. : "The two themes of canadian federalism", Canadian Journal of Economics and Political Science, 1965, vol. 31, 80-97.
- 440 - SMILEY D.V. : "Canadian federalism and the resolution of the federal-provincial conflict" in "Contemporary issues in canadian politics", (Vaughan F. & al.) 1970, 48-67.
- 441 - SMILEY D.V. : "The structural problem of canadian federalism", Canadian Public Administration, 1971, vol. 14, 326-343.

- 442 - SMILEY D. V. : "Co-operative federalism : an evaluation" in "Canadian federalism : myth or reality" (Meekison J.P.) 1971, 320-337.
- 443 - SMITH J.C. : "Regina v. Drybones and equality before the law", Revue du Barreau Canadien, 1971, vol. 49, 163-187.
- 444 - SMITH G.A. : "Reverse onus clauses - burden of proof - Bill of Rights S.2(b)", Saskatchewan Law Review, 1971-1973, vol. 36-37, 117-135.
- 445 - SMITH P. : "Parks and wars : the Munro case", Western Ontario Law Review, 1967, vol. 6, 211-213.
- 446 - STRAYER B.L. : "The flexibility of the B.N.A. Act" in "Agenda 1970 : proposals for a creative politics", 1968, 197-217.
- 447 - STRAYER B.L. : "Comments on the umpire of canadian federalism", Osgoode Hall Law Journal, 1976, vol. 13, 311-313.
- 448 - TARNOPOLSKY W.S. : "A constitutionally entrenched charter of Human rights - why now ?" Saskatchewan Bar Review, 1968, vol. 33, 247-249.
- 449 - TARNOPOLSKY W.S. : "The effectiveness of constitutional guarantees and other governmental declarations on human rights and fundamental freedoms", Travaux du cinquième colloque international de droit comparé, 1967, Editions de l'Université d'Ottawa, 1968, 117-136.
- 450 - TARNOPOLSKY W.S. : "The canadian Bill of Rights from Diefenbaker to Drybones", McGill Law Journal, 1971, vol. 17, 437-475.
- 451 - TARNOPOLSKY W.S. : "The canadian Bill of Rights and the supreme court decisions in Lavell and Burnshine : a retreat from Drybones to Dicey", Ottawa Law Review, 1975, vol. 7, 1-33.
- 452 - TARNOPOLSKY W.S. : "The supreme court and the canadian Bill of Rights", Revue du Barreau Canadien, 1975, vol. 53, 649-675.
- 453 - TARNOPOLSKY W.S. : "The supreme court and civil liberties", Alberta Law Review, 1976, vol. 14, 58-97.
- 455 - TOLLEFSON E.A. : "The system of judicial appointments", University of Toronto Law Journal, 1971, vol. 21, 162-172.
- 456 - TORRANCE J.G. : "B.N.A. Act 92 (10)(a) - can an "undertaking" be split ? - Winner v. S.M.T. (Eastern) Ltd", School of Law Review - University of Toronto, 1951-1953, vol. 9-11, 63-66.

- 457 - TREMBLAY A. : "Les techniques d'interprétation des constitutions", Travaux du cinquième colloque international de droit comparé, Ottawa 1967, Editions de l'Université d'Ottawa, 1968, 49-66.
- 458 - TREMBLAY A. : "L'incertitude du droit constitutionnel canadien relatif au partage des compétences législatives", Revue du Barreau, 1969, vol. 29, 198-209.
- 459 - TREMBLAY A. : "De certains obstacles à la mise en oeuvre du processus d'interprétation constitutionnelle" in "Problèmes de droit contemporain", Mélanges L. Baudouin, Presses de l'Université de Montréal, 1974, 411-423.
- 460 - TREMBLAY A. : "L'arbitre du système fédéral : Canada", Travaux du douzième colloque international de droit comparé, Ottawa 1974, Editions de l'Université d'Ottawa, 1976, 143-148.
- 461 - TREMBLAY G. : "Droit constitutionnel", Justinien, 1964-1969, 185-191.
- 462 - TRUDEL G. : "Le pouvoir judiciaire au Canada", Revue du Barreau, 1968, vol. 28, 194-267.
- 463 - TUCK R. : "Canadian and the judicial Committee of the Privy Council", University of Toronto Law Journal, 1941-1942, vol. 4, 33-75.
- 464 - TURI G. : "Réflexions sur la future déclaration des droits de l'homme au Canada", Revue juridique Themis, 1958-1959, 161-177.
- 465 - VAUGHAN F. : "The americanization of canadian law ? - the case of Chief Justice Bora Laskin", The Round Table, 1974, vol. 64, 445-450.
- 466 - WATERMAN J.B. : "Right to a hearing and natural justice", Faculty of Law Review - University of Toronto, 1964, vol. 22, 148-153.
- 467 - WATSON M.S.F. : "A new look at the trade and commerce power", Faculty of Law Review - University of Toronto, 1976, vol. 34, 255-263.
- 468 - WEILER P.C. : "Two models of judicial decision-making", Revue du Barreau Canadien, 1968, vol. 46, 406-471.
- 469 - WEILER P.C. : "The supreme court of Canada and the doctrines of mens rea", Revue du Barreau Canadien, 1971, vol. 49, 280-363.
- 470 - WEILER P.C. : "The supreme court and the law of canadian federalism", University of Toronto Law Journal, 1973, vol. 23, 307-367.

- 471 - WEILER P.C. : "The supreme court of Canada and canadian federalism", Osgoode Hall Law Journal, 1973, vol. 11, 225-251.
- 472 - WEILER P.C. : "Of Judges and scholars : reflections in a centennial year", Revue du Barreau Canadien, 1975, vol. 53, 563-576.
- 473 - WHYTE J.D. : "The Lavell case and equality in Canada", Queen's Quarterly, 1974, vol. 81, 28-42.
- 474 - WHITEHEAD G.R.B. : "The supreme court of Canada and the stare decisis doctrine", Chitty's Law Journal, 1967, vol. 15, 146-152.
- 475 - WILLIS J. : "Foreign borrowings - reviews of books", University of Toronto Law Journal, 1970, vol. 20, 274-282.
- 476 - WOOD J.C.E. : "Criminal law - coroner's inquest - examination of person charged with murder at inquest into the death in questions - together compellable witness", Osgoode Hall Law Journal, 1965-1966 vol. 4, 317-325.

VI - ARTICLES DE PRESSE

- 476 a - ARES R. : "Le statut particulier, minimum vital pour le Québec", Action Nationale, 1965, vol. 54, 979-998.
- 477 - BEAUDOIN G.A. : "Pour une réforme de la Cour Suprême", Le Devoir, 16 septembre 1970, p. 5.
- 478 - BEAUDOIN G.A. : "Deux peuples, deux systèmes", Le Devoir, 27 et 28 août 1975, p. 5.
- 479 - BEAUDOIN G.A. : "La crise constitutionnelle canadienne - les accrocs et les silences de notre constitution fédérale", Le Devoir, 20 et 22 août 1977, p. 5.
- 480 - BEAULIEU A. : "En marge du centenaire de la Cour Suprême : l'autre côté de la médaille", Le Devoir, 11 et 12 août 1975, p. 4.
- 481 - BOURASSA R. : "Comprendre l'enjeu du pari fédéral", Le Soleil, 15 septembre 1970, p. 45.
- 482 - BOURASSA R. : "Le Québec à la conférence d'Ottawa - Notre choix est fait, il reste à prouver qu'il est le meilleur", Le Devoir, 15 septembre 1970, p. 23.
- 483 - BOURASSA R. : "Le nouveau contrat fédéral", Le Journal de Québec, 22 septembre 1970, p. 24.
- 484 - BROSSARD J. : "Les zones maritimes et le droit continental", Le Devoir, 22 novembre 1967, p. 5.

- 485 - CHEVRETTE F. & MARX H. : "En matière de fédéralisme, la théorie de l'urgence est une théorie qui a elle aussi, le bras long", Le Devoir, 21 juillet 1976, p. 5.
- 485 a - DESCOTEAUX B. : "Levesque flétrit le jugement de la Cour Suprême" Le Devoir, 2 décembre 1977, p. 1.
- 486 - DESHAIES G. : "La Cour Suprême déclare ultra vires certains articles de la loi fédérale", Le Devoir, 2 février 1976, p. 2.
- 487 - LARIVIERE F. : "Le maire Jones débouté en Cour Suprême", Le Devoir, 3 avril 1974, p. 1.
- 488 - LECLERC J.C. : "La Cour Suprême d'un Canada souverain", Le Devoir, 12 avril 1976, p. 4.
- 489 - LESAGE J. : "Le Québec "nouveau style" et le fédéralisme coopératif", Le Devoir, 21 mai 1964, p. 4.
- 490 - MORIN J.Y. & MORIN C. : "Depuis l'entrée en scène de Robert Bourassa, une série de dangereux reculs pour le Québec", Le Devoir, 4 mars 1976, p. 5.
- 491 - PRINCE V. : "Le nouveau juge en chef", La Presse, 5 janvier 1974, p. A 4.
- 492 - REMILLARD G. : "Même s'il le voulait, le Québec pourrait-il geler le prix du pétrole ?", Le Devoir, 21 avril 1976, p. 5.
- 493 - ROY M. : "La constitution qu'on nous prépare", Le Devoir, 1 mars 1976, p. 4.
- 494 - RYAN C. : "Des changements peu attrayants pour le Québec", Le Devoir, 10 avril 1976, p. 4.
- 495 - RYAN C. : "Les trois options de M. Trudeau", Le Devoir, 13 avril 1976, p. 4.
- 496 - RYAN C. : "La Cour Suprême et la loi anti-inflation", Le Devoir, 10 juin 1976, p. 4.
- 497 - RYAN C. : "La Cour Suprême et les deux lièvres d'Ottawa", Le Devoir, 14 juillet 1976, p. 4.
- 498 - SANDWELL B.K. : "Supreme court and the constitution", Saturday Night, 23 août 1952, p. 10.
- 499 - SAURIOL P. : "La décision de la Cour Suprême et les pièges de notre constitution", Le Devoir, 9 novembre 1967, p. 4.
- 500 - SAURIOL P. : "La réforme de la Cour Suprême", Le Devoir, 10 septembre 1969, p. 4.

- 501 - SAURIOL P. : "La réforme de la Cour Suprême et l'arbitrage constitutionnel", Le Devoir, 10 juin 1971, p. 4.
- 502 - SAURIOL P. : "La réforme de la Cour Suprême proposée à Victoria est inacceptable", Le Devoir, 22 juin 1971, p. 4.
- 503 - TREMBLAY A. : "Le jugement de la Cour Suprême dans l'affaire Munro est lourd de danger pour l'avenir de l'autonomie du Québec", Le Devoir, 15 juillet 1966, p. 4.
- 504 - TREMBLAY R. : "Les implications dangereuses de la décision de la Cour Suprême sur la constitutionnalité de la loi anti-inflation", Le Devoir, 30 juillet 1976, p. 5.
- 504 a - TREMBLAY A. : "Une troisième voie est-elle possible ? Quelques éléments d'un réaménagement susceptibles de satisfaire le Québec sans briser le Canada", Le Devoir, 29 octobre 1977, p. 6.
- 505 - WILSON K.R. : "What can new supreme court set up mean to you ?" The Financial Post, 3 décembre 1949, p. 1.

VII - RAPPORTS ET ETUDES

- 506 - ANGERS F.A. : "L'intégration du fédéralisme" in "Le fédéralisme", Rapport de la deuxième conférence annuelle de l'Institut canadien des affaires publiques, Montréal, 1955, 35-41.
- 507 - BAUDOIN J. L. : "Etude de sociologie juridique sur le comportement de la Cour Suprême du Canada dans l'interprétation du droit québécois", Comité de la constitution 1967, 148 p.
- 508 - BONENFANT J.C. : "Témoignage devant le comité spécial mixte sur la constitution du Canada", Procès-verbaux, 17 juin 1971, fascicule n° 89, 44 p.
- 509 - BROSSARD J. : "The supreme court and the constitution", in "Le Québec dans le Canada de demain", Ontario Advisory Committee on Confederation, 1967, 1-10.
- 510 - CORRY J.A. : "Témoignage devant le comité spécial mixte sur la constitution du Canada", Procès-verbaux, 21 janvier 1967, fascicule 45, 3-47.
- 511 - FARIBAULT M. : "Témoignage devant le comité spécial mixte sur la constitution du Canada", Procès-verbaux 23 mars 1971, fascicule n° 58, 3-56.
- 512 - FOX P.W. : "Regionalism and confederation", Ontario Advisory Committee on Confederation - Background papers and reports, Toronto Queen's Printer, 1970, vol. 2, 1-27.
- 513 - FULTON E.D. : "Témoignage devant le comité spécial mixte sur la constitution du Canada", Procès-verbaux 6 avril 1971, fascicule n° 64, 3-32.

- 514 - LE DAIN G. : "The courts" in "Essay on the canadian constitution", Rapport remis à la Commission Royale sur le bilinguisme et le biculturalisme, 1966, 160-171.
- 515 - LEDERMAN W.R. : "Concerning a Bill of Rights for Canada and Ontario", Ontario Advisory Committee on Confederation, Background papers and reports, Toronto Queen's Printer, 1970, vol. 2, 273-293.
- 516 - LEDERMAN W.R. : "Témoignage devant le comité spécial mixte sur la constitution du Canada", Procès-verbaux 27 octobre 1970, fascicule n° 6, 3-39.
- 517 - LYSYK K. : "Témoignage devant le comité spécial mixte sur la constitution du Canada", Procès-verbaux 25 mars 1971, fascicule n° 59, 3-22.
- 518 - MCWHINNEY E. : "A supreme court in a bicultural society : the future role of the canadian supreme court", Ontario Advisory Committee on Confederation, Background papers and reports, Toronto Queen's Printer 1967, vol. 1, 91-99.
- 519 - MCWHINNEY E. : "Canadian federalism : foreign affairs and treaty power - the impact of Quebec's quiet revolution", Ontario Advisory Committee on Confederation - Background papers and reports Toronto Queen's Printer, 1970, vol. 2, 115-152.
- 520 - McWHINNEY E. : "Témoignage devant le comité spécial mixte sur la constitution du Canada", Procès-verbaux 12 novembre 1970, fascicule n° 10, 3-57.
- 521 - MOLGAT G.L. & MACGUIGAN M.R. : "Rapport final du comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des Communes sur la constitution du Canada", 4ème session, 28ème législature, 1972, 128 p.
- 522 - MORIN J.Y. : "Témoignage devant le comité spécial mixte sur la constitution du Canada", Procès-verbaux 6 mai 1971, fascicule n° 75, 5-45.
- 523 - ROWELL-SIROIS : Rapport de la Commission Royale sur les relations fédérales provinciales, 1940, Livre 1, 228 p.
- 524 - RUSSELL P.H. : "The supreme court of Canada as a bilingual and bicultural institution", Documents de la Commission Royale sur le bilinguisme et le biculturalisme, Ottawa, Imprimerie de la Reine, 1969, 282 p.
- 525 - SCOTT F.R. : "Témoignage devant le comité spécial mixte sur la constitution du Canada", Procès-verbaux 1er décembre 1970, fascicule n° 17, 3-41.

- 526 - SCHMEISER D.A. : "Témoignage devant le comité spécial mixte sur la constitution du Canada", Procès-verbaux 23 février 1971, fascicule n° 49-3-57.
- 527 - SMILEY D. V. : "Constitutional adaptation and canadian federalism since 1945", Documents de la Commission Royale sur le bilinguisme et le biculturalisme, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1970, 155 p.
- 528 - SMILEY D. V. : "Témoignage devant le Comité spécial mixte sur la constitution du Canada", Procès-verbaux 17 décembre 1970, fascicule n° 25, 3-45.
- 529 - TARNOPOLSKY W.S. : "Témoignage devant le comité spécial mixte sur la constitution du Canada", Procès-verbaux 5 novembre 1970, fascicule n° 8, 3-35.
- 530 - TREMBLAY : Rapport de la Commission Royale d'enquête sur les problèmes constitutionnels, 1956, 4 volumes.
- 531 - TRUDEAU P.E. : "La constitution canadienne et le citoyen", Publication du gouvernement du Canada, Ottawa, 1969, 87 p.
- 532 - VILE M.J.C. : "Federalism in the United States, Canada and Australia", Great Britain Commission on the constitution, Research papers 2, London, 1973, 1-47.

VIII - PUBLICATIONS GOUVERNEMENTALES

- Conférence fédérale-provinciale, 21 août 1950, Procès-verbaux, 140 p.
- Conférence fédérale-provinciale, 25-27 juillet 1960, Procès-verbaux, 173 p.
- Conférence fédérale-provinciale, 31 août-2 septembre 1964, Charlottetown, Procès-verbaux, 43 p.
- Conférence sur la Confédération de demain, 27-30 novembre 1967, Toronto, Procès-verbaux, 233 p.
- Conférence constitutionnelle, 5-7 février 1968, Ottawa, Procès-verbaux
- Conférence constitutionnelle : Comité permanent des fonctionnaires. Document de travail - Propositions pour la révision constitutionnelle, 24 juillet 1968, 55 p. Québec.
- Conférence constitutionnelle : Comité permanent des fonctionnaires - Propositions du gouvernement de l'Ontario : "La constitution du système judiciaire", 1968, 38-40.

Conférence constitutionnelle, 10-12 février 1969, Ottawa - Délibérations,
453 p.

Conférence constitutionnelle, 8-10 décembre 1969, Ottawa - Délibérations,
266 p.

Conférence constitutionnelle, 14-15 septembre 1970 - Déclaration de
M. Robert Bourassa - Publications du gouvernement du Québec,
20 p.

Conférence constitutionnelle, 8-9 février 1971, 3ème session de travail,
Ottawa, Exposé des conclusions.

Conférence constitutionnelle, 14-16 juin 1971 - Délibérations, Victoria, 77 p.

Secrétariat des conférences intergouvernementales canadiennes : Rapport
du secrétaire : "la révision constitutionnelle 1968-1971",
Ottawa, 1974, 517 p.

Charte canadienne des droits de l'homme - Ottawa, 1968, Imprimeur de la
Reine, 183 p.

IX - STATISTIQUES

Osgoode Hall Law Journal Staff : Statistical analysis of 1972 R.C.S. ,
Osgoode Hall Law Journal, 1974, vol. 12, 412-419.

X - TEXTES LEGISLATIFS

Acte de l'Amérique du Nord Britannique, 1867 (30.31 Vict. c.3 R.U.).

Acte pour établir une cour suprême et une cour d'échiquier pour le Canada,
1875 (38 Vict. c.11, R.U.).

Loi modifiant la loi de la Cour Suprême, 1949 (13 Geo VI c.37).

Loi concernant la Cour Suprême du Canada - Statuts révisés du Canada, 1970,
vol. VII, ch. 5-19, p. 7163.

Débats Parlementaires sur la question de la Confédération des provinces de
l'Amérique Britannique du Nord, 1865, 3ème session, 8ème
Parlement provincial du Canada, Québec 1865, 1032 p.

Débats de la Chambre des Communes du Canada, Session de 1875, vol. 1,
Cour Suprême, 16, 25, 27, 30 mars.

Débats de la Chambre des Communes du Canada - Session de 1879, vol. 2 :
 Bill à l'effet d'abroger les actes relatifs à la Cour Suprême et
 de l'échiquier, lundi 21 avril.

Débats de la Chambre des Communes du Canada - Session de 1880, vol. 1 :
 Bill à l'effet d'abroger les actes constituant les cours suprême
 et de l'échiquier, 26 février.

Débats de la Chambre des Communes - Dominion du Canada - 13 Geo VI 1949
 Première session de la 21ème législature - Loi de la Cour Su-
 prême - amendements divers - abolition des appels au Conseil
 Privé, 23 et 27 septembre ; 4 et 11 octobre.

Sénat du Canada - Compte-rendu officiel des débats 1949 - Première session
 de la 21ème législature - 13 Geo VI : Bill concernant la Cour
 Suprême, 18, 19, 25, 26, 27, 31 octobre et 2 novembre.

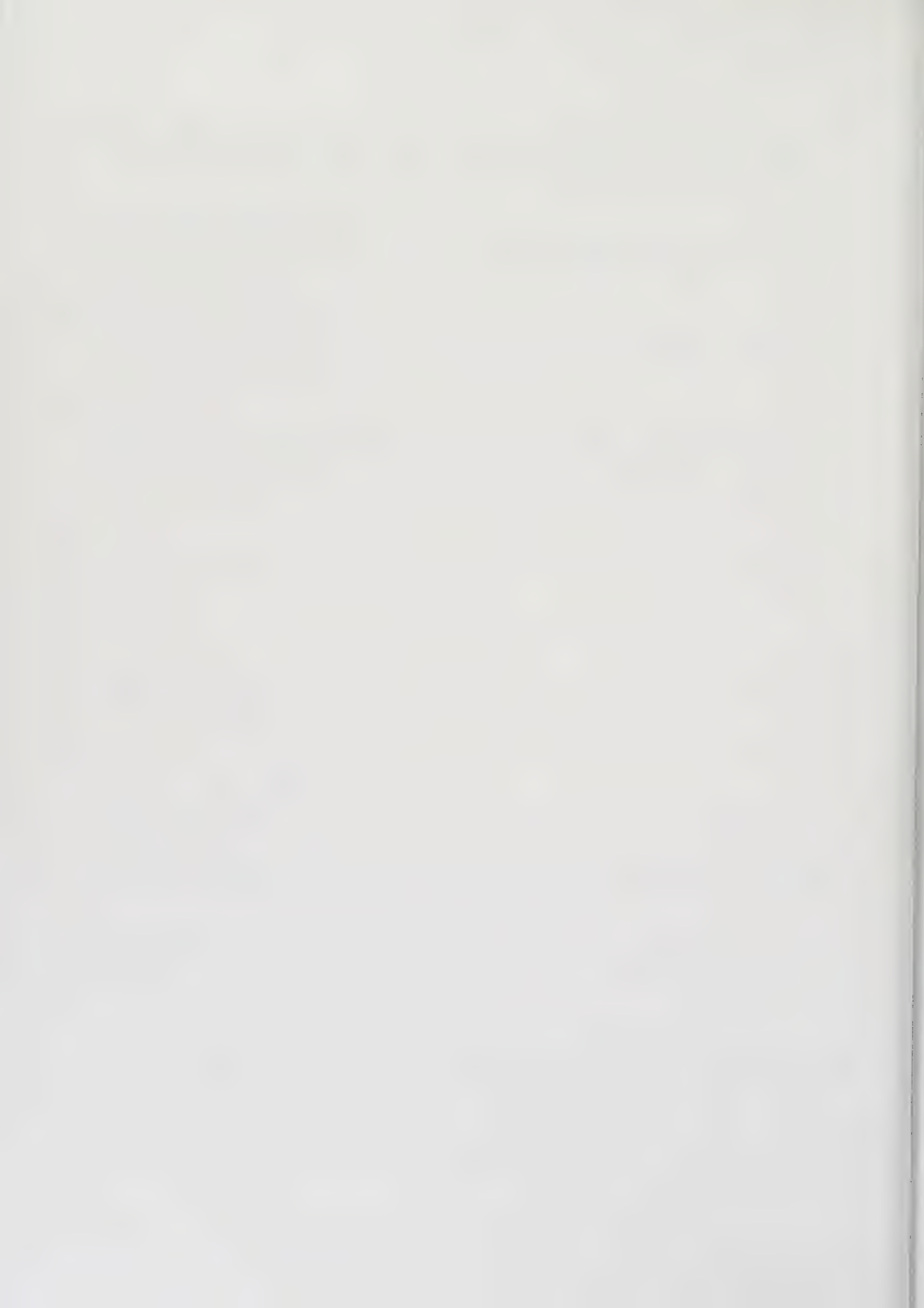


TABLE DES MATIERES



	Pages
INTRODUCTION : LES INSTITUTIONS ET LES HOMMES	1
PREMIERE PARTIE : L’AFFIRMATION DE L’IDENTITE DE LA COUR SUPREME DU CANADA	9
TITRE I : Le cadre du réaménagement du Fédéralisme canadien introduit par la Cour Suprême	12
Sous - titre : Les mobiles de l’émancipation tardive de la Cour Suprême du Canada	13
Chapitre I : L’enjeu apparent de l’abolition des appels au Comité judiciaire du Conseil privé	14
Section I : La revendication d’un tribunal canadien de dernière instance	15
Paragraphe 1 : Le rejet du tribunal étranger	15
A : L’origine du Comité Judiciaire du Conseil Privé	15
B : Le statut du Comité Judiciaire du Conseil Privé	16
Paragraphe 2 : L’utilisation du mouvement nationaliste dans la lutte contre le Comité Judiciaire du Conseil Privé	18
A : La critique anti-colonialiste du Comité Judiciaire du Conseil Privé	19
B : L’expression des aspirations à l’établissement d’un tribunal national de dernière instance	21
Section 2 : Les étapes de l’accession du Canada à l’indépendance judiciaire	23
Paragraphe 1 : La maturation du nationalisme judiciaire	23
A : Le contenu de l’amendement IRWING	23
B : La remise en échec de l’article 47	25
Paragraphe 2 : L’aboutissement du nationalisme judiciaire	27
A : La suppression des appels en matière criminelle	28
B : La suppression des appels en matière civile	30
Chapitre II : L’enjeu réel de l’abolition des appels au Comité Judiciaire du Conseil Privé	33
Section I : La restauration de l’esprit de la confédération	35
Paragraphe 1 : Les desseins unitaires des hommes de 1867	36
A : La contestation du type de centralisation	36
B : Un choix centralisateur par réaction	39

Section II : Le démantèlement de l'oeuvre jurisprudentielle du Comité judiciaire	44
Paragraphe 1 : Le caractère novateur de l'éclairage jurisprudentiel du Comité judiciaire	44
A : Les bases de l'interprétation du Comité judiciaire	44
B : Les implications constitutionnelles de l'interprétation du Comité judiciaire	46
Paragraphe 2 : La condamnation de l'éclairage jurisprudentiel du Comité judiciaire	49
A : Les critiques quant à l'absence de compréhension de la constitution canadienne	49
B : Les critiques quant à la carence dans l'adaptation fonctionnelle de la constitution canadienne	52
Sous-titre II : Les moyens de l'émancipation jurisprudentielle de la Cour Suprême	54
Chapitre I : L'obstacle à une réelle indépendance jurisprudentielle de la Cour Suprême	55
Section I : Le mécanisme de verrouillage de la règle du stare decisis	56
Paragraphe 1 : La définition de la règle	56
A : La signification du stare decisis	56
B : Le champ d'application du stare decisis	58
Paragraphe 2 : Les implications constitutionnelles de la règle	58
Section 2 : Les efforts de remise en cause de la règle du stare decisis	60
Paragraphe 1 : Les défenseurs du respect du stare decisis par la Cour Suprême	60
A : Les prémonitions des partisans du stare decisis	60
B : La justification des craintes des partisans du respect du stare decisis	62
Paragraphe 2 : Les adversaires du respect du stare decisis par la Cour Suprême	62
A : L'argument de la confiance	63
B : L'argument de l'incompétence	64
Chapitre II : Les éléments favorables à une réelle indépendance jurisprudentielle de la Cour Suprême	67
Section I : Les potentialités centralisatrices de l'outil constitutionnel de 1867	68
Paragraphe 1 : La répartition du partage des compétences	70
A : La prééminence fédérale de l'article 91	70
B : La compétence résiduelle provinciale de l'article 92	72
Paragraphe 2 : La valeur du partage des compétences	73
A : Un partage centralisé des compétences	73
B : Un partage dangereux des compétences	74

Section II :	Les pressions centralisatrices du milieu politique	76
Paragraphe 1 :	La justification des impératifs économiques	76
A :	L'impact de l'économie sur l'élaboration constitutionnelle de 1867	76
B :	L'utilisation des considérations économiques en faveur d'une centralisation du fédéralisme canadien en 1949	78
Paragraphe 2 :	La déconsidération de la règle du stare decisis	80
A :	L'appel à une identité jurisprudentielle de la Cour Suprême	80
B :	L'appel à une adaptation du fédéralisme canadien par la Cour Suprême	83
TITRE II :	Les orientations du réaménagement du fédéralisme canadien introduit par la Cour Suprême	89
Sous-titre I :	Une approche jurisprudentielle rigide dans l'interprétation du partage des compétences	90
Chapitre I :	Le rôle de la Cour Suprême dans le renforcement des prérogatives de l'Etat fédéral	91
Section I :	Les voies exceptionnelles de la centralisation	92
Paragraphe 1 :	La renaissance de la théorie des dimensions nationales	92
A :	Un recours fréquent à la théorie des dimensions nationales	94
1 :	L'arrêt Johannesson v. la Municipalité rurale de West Saint Paul	95
2 :	L'arrêt Munro v. la Commission de la Capitale nationale	97
B :	Un discours dangereux pour l'autonomie provinciale	100
1 :	Le tournant jurisprudentiel du renvoi relatif aux questions soumises par le gouverneur en conseil sur la validité de la loi anti inflation	103
Paragraphe 2 :	La réactivation de la théorie de l'urgence nationale	106
A :	La qualification de la situation d'urgence	108
B :	L'appréciation de la durée d'urgence	110
Section II :	Les voies ordinaires de la centralisation	113
Paragraphe 1 :	Le rétablissement des prérogatives fédérales dans le domaine de l'activité commerciale	113
A :	La jurisprudence de la Cour Suprême en matière de transport commercial	114
1 :	Le transport routier	114
2 :	Le transport maritime	118
3 :	Le transport aérien	120
B :	La jurisprudence de la Cour Suprême en matière de statut des entreprises commerciales	121

C :	La jurisprudence de la Cour Suprême dans le domaine des échanges commerciaux	126
1 :	Le renvoi relatif aux questions soumises au sujet de la loi de mise en marché	128
2 :	L'arrêt Murphy v. le Canadien Pacifique R. et al.	131
3 :	L'arrêt Crawford et al. v. Procureur Général de la Colombie Britannique	134
4 :	L'arrêt Carnation Co. Itée v. l'Office des marchés agricoles du Québec	134
5 :	L'arrêt Procureur Général du Manitoba v. Manitoba Eggand Poultry association et al.	137
6 :	L'arrêt Calvil v. Procureur Général du Canada	139
7 :	L'arrêt Burns Food Ltd et al. v. Procureur Général du Manitoba	142
8 :	L'arrêt Procureur Général de l'Ontario v. Barfried Entreprise ltd.	143
9 :	L'arrêt Texada Mines ltd v. Procureur Général de la Colombie Britannique	144
D :	Les perspectives jurisprudentielles de la Cour Suprême dans le cadre de l'activité économique	146
Paragraphe 2 :	Le raffermissement des prérogatives fédérales dans le domaine du droit criminel	151
A :	L'attitude restrictive de la Cour Suprême des dispositions relatives au droit criminel dans la décennie 1950	152
1 :	L'arrêt Johnson v. Procureur Général de l'Alberta	153
2 :	L'arrêt Birks H. & Sons ltd v. Cité de Montréal	156
3 :	L'arrêt Switzman v. Elbing	157
4 :	L'arrêt Lord's Day Alliance of Canada v. Procureur Général de la Colombie Britannique	159
B :	L'ouverture de la Cour Suprême dans l'interprétation des dispositions relatives au droit criminel dans la décennie 1960	161
1 :	L'arrêt O' Grady v. Sparling	162
2 :	L'arrêt Robertson & Rosetanni v. la Reine	164
3 :	L'arrêt Procureur Général de la Colombie Britannique v. Smith	165
Chapitre II :	Le rôle de la Cour Suprême dans l'assouplissement de la structure fédérale	169
Section I :	L'invalidation de la délégation interparlementaire	172
Paragraphe 1 :	Les motifs de l'inconstitutionnalité	172
A :	La justification fédéraliste	172
B :	La justification souverainiste	174
Paragraphe 2 :	La signification de l'inconstitutionnalité	175
A :	Une vision orthodoxe du fédéralisme canadien	175

B :	Une vision figée du fédéralisme canadien	176
Section 2 :	La validation de la délégation oblique	179
Paragraphe 1 :	L'atténuation du principe de l'intangibilité du partage des compétences législatives	179
A :	L'argumentation de la Cour dans l'arrêt Willis	180
B :	Les prolongements constitutionnels de l'arrêt Willis	181
Paragraphe 2 :	La remise en cause du principe de l'intangibilité du partage des compétences législatives	184
A :	Les motifs de la Cour dans l'arrêt Coughlin	186
B :	Les répercussions constitutionnelles de l'arrêt Coughlin	187
Sous - titre II :	Une approche jurisprudentielle féconde dans la protection des libertés fondamentales	191
Chapitre I :	L'ampleur de l'oeuvre accomplie par la Cour Suprême en matière de libertés fondamentales	195
Section 1 :	L'essor jurisprudentiel des années 1950	197
Paragraphe 1 :	Le diagnostic de la percée audacieuse de la Cour Suprême	199
A :	La protection des libertés politiques	199
1 :	L'arrêt Boucher v. le Roi	200
2 :	L'arrêt L'Alliance des professeurs catholiques de Montréal c. Commission des relations ouvrières	201
3 :	L'arrêt Switzman v. Elbling	203
B :	La défense des libertés religieuses	205
1 :	L'arrêt Saumur v. Cité de Québec	206
2 :	L'arrêt Birks H & Sons Ltd v. Cité de Montréal	210
3 :	L'arrêt Chaput v. Romain	212
4 :	L'arrêt Lamb v. Benoit	213
5 :	L'arrêt Roncarelli v. Duplessis	214
Paragraphe 2 :	Les raisons de la percée audacieuse de la Cour Suprême	216
A :	Les pesanteurs d'ordre sociologique	217
B :	Les pesanteurs d'ordre politique	219
Section II :	Le tassement jurisprudentiel des années 1960	222
Paragraphe 1 :	Le vote de la déclaration canadienne des droits	223
A :	Les dispositions du texte	223
B :	Les virtualités du texte	225
Paragraphe 2 :	Le réalignement jurisprudentiel de la Cour Suprême	226
A :	La jurisprudence de la Cour en matière de libertés politiques	227

1 :	L'arrêt Brodie v. la Reine	228
2 :	L'arrêt Oil Chemical and atomic workers international union v. Imperial Oil Ltd	228
3 :	L'arrêt Mc Kay et al. v. la Reine	231
B :	La jurisprudence de la Cour en matière de libertés religieuses	232
1 :	L'arrêt Robertson & Rosetanni v. la Reine	233
2 :	L'arrêt Lieberman v. la Reine	235
C :	La jurisprudence de la Cour en matière de libertés juridiques	236
1 :	L'arrêt Guay v. Lafleur	236
2 :	L'arrêt O'Connor v. la Reine	238
Chapitre II :	Les limites de l'influence de la Cour Suprême en matière de libertés fondamentales	241
Section I :	L'expression des obstacles relatifs à l'interprétation jurisprudentielle de la déclaration des droits	243
Paragraphe 1 :	Le coup d'éclat de l'arrêt Drybones	243
A :	Le contenu de la décision	244
B :	La portée de la décision	247
Paragraphe 2 :	Le repli de l'arrêt Lavell	249
A :	Les prémisses de la rupture	249
B :	Les données de la rupture	254
1 :	Les motifs de l'arrêt	255
2 :	Les conséquences de l'arrêt	256
Paragraphe 3 :	La stabilisation de l'arrêt Canard	262
A :	Les contours du jugement	262
B :	Les implications du jugement	265
Section II :	Le fondement des obstacles relatifs à l'interprétation jurisprudentielle de la déclaration des droits	268
Paragraphe 1 :	Le caractère ambivalent de la valeur juridique de la Déclaration canadienne des droits	268
A :	L'optique du juge Pigeon	270
B :	L'optique du juge en chef Laskin	271
Paragraphe 2 :	Le caractère hybride de la nature constitutionnelle du régime politique canadien	274
A :	Les limitations de la souveraineté parlementaire	275
B :	Les restrictions à la souveraineté parlementaire	279
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE		285

DEUXIEME PARTIE : LA CONTESTATION DE LA LEGITIMITE DE LA COUR SUPREME DU CANADA	291
TITRE I : La mise en cause de la crédibilité constitutionnelle de la Cour Suprême du Canada	295
Sous - titre I : L'hostilité du Québec à l'égard de la Cour Suprême	297
Chapitre I : La fondation de la Cour Suprême	299
Section 1 : Le défaut d'enracinement constitutionnel de la Cour Suprême	307
Paragraphe 1 : L'insuffisance du fondement juridique de la Cour	308
A : L'anachronisme du caractère statutaire de la Cour Suprême	308
B : Les risques inhérents au caractère statutaire	311
Paragraphe 2 : Le consensus sur la constitutionalisation de la Cour Suprême	315
A : La revendication québécoise de la constitutionalisation de la Cour Suprême	315
B : L'accord du gouvernement fédéral sur la constitutionalisation de la Cour Suprême	317
Section 2 : Les divergences relatives à la structure de la Cour Suprême	320
Paragraphe 1 : Les mobiles du Québec au sujet de la spécialisation de la Cour Suprême	320
A : Les inquiétudes du Québec à l'endroit de la Cour Suprême dans le domaine du droit civil	323
B : Les inquiétudes du Québec face à la fonction de la Cour Suprême dans le domaine constitutionnel	326
Paragraphe 2 : Les propositions du Québec quant à la spécialisation de la Cour Suprême	327
A : Des réaménagements d'envergure	327
1 : Le système des chambres spécialisées	327
2 : La création d'une cour constitutionnelle	331
B : Des réaménagements sans lendemain	334
1 : L'opposition fédérale au système des chambres spécialisées	334
2 : L'opposition fédérale à une cour constitutionnelle	341
Chapitre II : La composition de la Cour Suprême	347
Section 1 : La mise en oeuvre unilatérale de la procédure de nomination des juges de la Cour	349
Paragraphe 1 : La dénonciation de l'impartialité de la Cour Suprême	351
A : La perception volontariste de l'indépendance	351
B : La conception structurelle de l'indépendance	355

Paragraphe 2 : L'illustration de la dépendance structurelle de la Cour Suprême	357
A : La situation des juges de la cour	357
1 : L'arme de la nomination	357
2 : L'arme de la destitution	360
B : Les effets sur l'orientation jurisprudentielle de la Cour Suprême	361
Section 2 : La recherche d'une solution en matière de nomination des juges à la cour	363
Paragraphe 1 : L'intransigeance du gouvernement fédéral en matière de nomination des juges à la cour	364
A : L'esprit des suggestions québécoises	364
B : Le refus des propositions québécoises	366
Paragraphe 2 : Les perspectives de compromis en matière de nomination des juges à la cour	369
A : L'instauration d'une participation indirecte à la nomination des juges	369
B : L'instauration d'une participation directe à la nomination des juges à la cour	373
Sous - titre II : Les arrières - plans du contentieux de la Cour Suprême du Canada	379
Chapitre I : La priorité fédérale du rapatriement de la constitution de 1867	379
Section 1 : Le contexte historique de la procédure d'amendement	380
Paragraphe 1 : La progression de la canadianisation de la procédure d'amendement	381
A : La reconnaissance d'un pouvoir d'amendement aux membres de la fédération	381
1 : Les ressorts juridiques de la reconnaissance	381
2 : Les contingences historiques de la reconnaissance	383
B : L'obtention par l'Etat fédéral d'un pouvoir d'amendement en matière constitutionnelle	385
1 : Les restrictions à l'indépendance législative	386
2 : La réduction de la limitation d'amender	386
Paragraphe 2 : L'inachèvement de la canadianisation de la procédure d'amendement	388
A : Les circonstances de l'inachèvement en matière de rapatriement de la constitution	388
B : Les conséquences de la canadianisation incomplète de la procédure d'amendement	389
1 : Les responsabilités du gouvernement fédéral	389
2 : Les responsabilités du Parlement britannique	390

Section 2 :	L'impasse dans la recherche d'une formule d'amendement de la constitution	391
Paragraphe 1 :	Le projet d'amendement de la formule FULTON-FAVREAU	391
A :	Le contenu de la formule	392
B :	L'impact de la formule	393
Paragraphe 2 :	La procédure d'amendement préconisée par la charte de Victoria	395
A :	La valeur de la procédure	395
B :	L'abandon de la procédure	397
Chapitre II :	Le préalable québécois de la révision des pouvoirs en matière de rapatriement de la constitution	399
Section 1 :	La revendication constitutionnelle de la révision des pouvoirs	401
Paragraphe 1 :	La prégnance du naturalisme québécois	401
A :	La naissance du nationalisme québécois	401
B :	Le renouveau du nationalisme québécois	401
Paragraphe 2 :	L'exigence d'une autonomie accrue	402
A :	Le contentieux en matière de droits linguistiques et culturels	403
1 :	Le sort de la langue française dans l'A.A.N.B. en 1867	403
2 :	Le sort de la langue française dans la confédération de 1978	405
B :	Le contentieux en matière de politique sociale et économique	406
1 :	Le domaine de l'immigration et des communications	406
2 :	Le domaine des affaires sociales	407
C :	Le bilan de la revendication constitutionnelle en matière de révision des pouvoirs	409
Section 2 :	La radicalisation de l'enjeu constitutionnel en matière de révision des pouvoirs	412
Paragraphe 1 :	La montée de l'option séparatiste	413
A :	La définition du statut particulier	414
B :	La résonance du statut particulier	414
Paragraphe 2 :	Le pari de l'option séparatiste	416
A :	Les objectifs de l'option séparatiste	416
B :	Le destin de l'option séparatiste	417
TITRE II :	L'effritement de l'efficience constitutionnelle de la Cour Suprême du Canada	419
Sous - titre I :	La politisation de la Cour Suprême	421

Chapitre I :	Les facteurs internes de la politisation	425
Section 1 :	Le façonnement du juge de la Cour Suprême	426
Paragraphe 1 :	La politisation du juge	427
A :	Les données de la politisation	427
B :	Les effets de la politisation	430
1 :	Le rôle d'entraînement du juge	430
2 :	La relativisation de la décision judiciaire	432
Paragraphe 2 :	La "fédéralisation" du comportement du juge	435
A :	L'incidence de l'environnement	435
1 :	L'impartialité de l'environnement du Conseil Privé	436
2 :	La partialité de l'environnement de la Cour Suprême	437
B :	L'ombre du gouvernement fédéral sur le juge	438
Section 2 :	Le façonnement de la décision par le juge	439
Paragraphe 1 :	La dimension positive de l'interprétation judiciaire	440
A :	La philosophie du positivisme judiciaire	440
1 :	La démarche du juge	441
2 :	La traduction jurisprudentielle	442
B :	L'influence du discours positiviste sur la Cour Suprême du Canada	443
1 :	La tradition positiviste de la Cour Suprême	444
2 :	Les résultats du positivisme judiciaire de la Cour Suprême	445
Paragraphe 2 :	La dimension activiste de l'interprétation judiciaire	447
A :	Les traits de l'activisme judiciaire	448
1 :	La redéfinition de la démarche du juge	448
2 :	L'aspect novateur de l'appréciation du juge	449
B :	L'infiltration de l'activisme judiciaire dans la jurisprudence de la Cour Suprême	450
1 :	La marque de l'infléchissement activiste	452
2 :	Les freins à l'infléchissement activiste	456
Chapitre II :	Les facteurs externes de politisation	463
Section 1 :	Les handicaps constitutionnels de la Cour Suprême du Canada vis à vis de la Cour Suprême des Etats-Unis	465
Paragraphe 1 :	Les bases constitutionnelles de l'autorité de la Cour Suprême des Etats-Unis	466
A :	Le sous-bassement constitutionnel de la Cour Suprême	467
B :	Le poids des particularités socio-économiques	468

Paragraphe 2 : Les bases jurisprudentielles de l'autorité de la Cour Suprême des Etats-Unis	470
A : L'origine du contrôle de constitutionnalité	471
B : Les conséquences du contrôle de constitutionnalité	472
Section 2 : Les handicaps jurisprudentiels de la Cour Suprême du Canada vis à vis de la Cour Suprême des Etats-Unis	473
Paragraphe 1 : L'hypothèque de la règle du stare decisis	474
A : Les jalons du processus de marginalisation de la règle du stare decisis	476
1 : La vénération de la doctrine du précédent judiciaire	476
2 : La désacralisation de la doctrine du précédent judiciaire	479
B : La valeur du processus de marginalisation de la règle du stare decisis	483
Paragraphe 2 : L'hypothèque de la constitutionnalisation de la déclaration canadienne des droits	488
A : Le choix séduisant de l'intégration	489
B : Le choix incertain de l'intégration	492
Sous - titre II : L'inadaptation de la Cour Suprême	497
Chapitre I : L'effacement de la Cour Suprême comme arbitre constitutionnel	499
Section 1 : La place des avis juridiques dans le droit constitutionnel Canadien	500
Paragraphe 1 : Le rôle des avis juridiques	500
A : Le support juridique des avis	501
B : La force juridique des avis	502
Paragraphe 2 : L'impact des avis juridiques	503
A : La nature de l'incidence des avis	503
B : Les facteurs de l'importance des avis	504
Section 2 : La désaffectation à l'égard des avis juridiques comme mode d'arbitrage constitutionnel	506
Paragraphe 1 : Les éléments de la manipulation politique des avis	506
A : Le libellé de l'avis	506
B : Le champ restrictif de l'avis	508
Paragraphe 2 : La démonstration de la manipulation politique des avis	509
A : Le contenu de l'avis sur les droits miniers sous-marins de 1967	510
B : Les conséquences de l'avis sur les droits miniers sous-marins de 1967	513

Chapitre II : Le déclin de la Cour Suprême comme facteur d'évolution du fédéralisme canadien	519
Section 1 : Le fédéralisme coopératif : une tentative d'évolution du fédéralisme canadien par l'intégration	523
Paragraphe 1 : L'ambition du fédéralisme coopératif	523
A : Les desseins	524
B : Les moyens	525
Paragraphe 2 : L'échec du fédéralisme coopératif	526
A : La récupération du fédéralisme coopératif par le gouvernement fédéral	527
1 : Le pouvoir financier fédéral	528
B : L'opposition provinciale au fédéralisme coopératif	528
1 : La centralisation du fédéralisme coopératif	529
2 : La condamnation du fédéralisme coopératif	530
Section 2 : Les conférences fédérale - provinciales : une tentative d'évolution du fédéralisme canadien par la négociation	533
Paragraphe 1 : Le contexte du glissement du débat constitutionnel	533
A : L'importance du développement des conférences fédérale-provinciales	533
B : Les facteurs de développement des conférences fédérale-provinciales	535
Paragraphe 2 : La portée du glissement du débat constitutionnel	537
A : La main-mise d'Ottawa sur les conférences fédérale-provinciales	538
B : Les limites de l'apport des conférences fédérale-provinciales	539
CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE	541
CONCLUSION GENERALE	543
ANNEXES	549
BIBLIOGRAPHIE	605
TABLE DES MATIERES	649

